



**Universidad del Desarrollo**  
Facultad de Derecho

DERECHO PÚBLICO IBEROAMERICANO  
REVISTA DEL CENTRO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Nº 6  
ABRIL DE 2015

*Derecho Público Iberoamericano*  
Revista del Centro de Justicia Constitucional  
Facultad de Derecho  
Universidad del Desarrollo

DIRECTOR  
*Dr. Julio Alvear Téllez*

SECRETARIO DE REDACCIÓN  
*Prof. Sergio Verdugo Ramírez*

CONSEJO CIENTÍFICO  
*Derecho Público Iberoamericano*  
es una publicación semestral que se edita en abril y octubre de cada año.  
Los trabajos científicos son sometidos al proceso de arbitraje ciego.

Prof. Pablo Rodríguez Grez  
Universidad del Desarrollo  
(Chile)

Prof. Dr. Danilo Castellano Università di Udine (Italia)	Prof. Dra. Myriam Hoyos Castañeda Universidad de la Sabana (Colombia)
Prof. Dr. Gilles Dumont Université de Nantes (Francia)	Prof. Dr. Santiago Legarre Universidad Católica de Argentina (Argentina)
Prof. Dra. Consuelo Martínez-Sicluna Universidad Complutense de Madrid (España)	Prof. Dr. Agustín Squella Narducci Universidad de Valparaíso (Chile)
Prof. Dr. Miguel Ayuso Universidad Pontificia de Comillas (España)	Prof. Dr. Javier Couso Universidad Diego Portales (Chile)
Prof. Dr. Carlos Pereira Menaut Universidad de Santiago de Compostela (España)	Prof. Dr. José Ignacio Martínez Universidad de Los Andes (Chile)
Prof. Dr. Santiago Sánchez González Universidad Nacional de Educación a Distancia (España)	Prof. Dr. Manuel Núñez Universidad Católica de Valparaíso (Chile)

Prof. Dr. Ignacio Covarrubias  
Universidad del Desarrollo  
(Chile)

EDITOR  
*Prof. Hugo Fábrega Vega*

REPRESENTANTE LEGAL  
*Sr. Federico Valdés Lafontaine*

Ediciones de la Universidad del Desarrollo  
Avenida La Plaza 680, San Carlos de Apoquindo, Las Condes. Santiago de Chile  
Teléfono: (56 2) 2327 9110 - Correo electrónico: [rdpi@udd.cl](mailto:rdpi@udd.cl)

DERECHO PÚBLICO IBEROAMERICANO  
REVISTA DEL CENTRO DE JUSTICIA  
CONSTITUCIONAL AÑO 3 • N° 6 • ABRIL DE 2015  
ISSN 0719-5354

---

PRESENTACIÓN

7

---

ESTUDIOS

ESTUDIOS SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES.

*Max Silva Abbott*

El caso Artavia-Murillo vs. Costa Rica.  
Análisis crítico y posibles efectos regionales

13

*Juan Andrés González Tugas*

¿Es el derecho a la educación un derecho  
justiciable?

63

*Juan David Gómez Rubio*

La legalización (de facto) del aborto en Colombia

107

---

ESTUDIOS SOBRE INSTITUCIONALIDAD POLÍTICA Y ECONÓMICA

*Miguel Angel Fernández González*

El principio constitucional de probidad parlamentaria

165

*María Fernanda Juppet Ewing*

El Estado como sujeto pasivo en materia de libre competencia

193

*Matías Cristóbal Pascuali Tello*

Corporaciones extranjeras controladas

221

---

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

*Eduardo Soto Kloss.*  
Protección ante resoluciones judiciales: afirmación de un principio,  
pero lleno de excepciones.  
Caso “Parque Eólico”  
237

*Eduardo Soto Kloss*  
Acerca de los dictámenes de Contraloría: un error supremo es un supremo error  
Análisis Sentencia de Protección  
247

---

RECENSIONES

*J.G. Boher*  
*Au spectacle des droits de l’homme*, de Valentine Zuber  
262

*Juan Cayón*  
*Contro la dittatura del presente*, de Gustavo Zagrebelsky  
267

*Eduardo Romero*  
*A History of Christendom*, de Warren H. Carroll  
269

---

SIGLAS Y ABREVIATURAS

273

---

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

276

---

## PRESENTACIÓN

Presentamos con esta edición el sexto número de nuestra revista *Derecho Público Iberoamericano*. Cumplimos tres años apareciendo con estricta rigurosidad los meses de abril y octubre, gracias a la inestimable colaboración de especialistas chilenos, hispanoamericanos y europeos, que han respondido generosamente a nuestra convocatoria.

En este número distribuimos los estudios en dos áreas: derechos fundamentales e instituciones políticas y económicas. En la primera, se entregan tres trabajos. Uno del profesor Dr. Max Silva Abbott, quien analiza, a propósito del Caso Artavia Murillo, los problemas que presenta el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tanto a nivel nacional como internacional, espacio donde emergen apriorismos y parcialidades ideológicas. El segundo escrito pertenece al Dr. Juan Andrés González Tugás y lleva como título “¿Es el derecho a la educación un derecho justiciable?”. En él sistematiza de un modo problemático la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia en torno al derecho aludido. El tercer artículo es de autoría del profesor colombiano Juan David Gómez Rubio. Aquí se estudia la metodología y raigambre doctrinaria del litigio estratégico destinado a lo que el autor llama la legalización “de facto” del ilícito del aborto.

La segunda sección de los estudios se abre con un trabajo del profesor Dr. Miguel Ángel Fernández González, quien profundiza los aspectos dogmáticos y normativos del principio constitucional de probidad parlamentaria, destacando su funcionalidad para el correcto desempeño de la democracia. Le sigue el artículo de la profesora María Fernanda Juppet Ewing sobre el Estado como sujeto pasivo en materia de libre competencia, el que aborda las condiciones para que el Estado y sus organismos puedan ser demandados ante la jurisdicción de Libre Competencia. Finalmente, incorporamos el interesante estudio del profesor Matías Cristóbal Pascuali Tello titulado “Corporaciones Extranjeras Controladas”.

En la sección “Comentarios de jurisprudencia” incluimos dos análisis del profesor Dr. Eduardo Soto Kloss, quien una vez más nos honra con su presencia. Se trata de casos de amplia repercusión jurídica en el ámbito de la doctrina administrativa.

Concluimos con las “Recensiones” en donde se revisan tres libros: *Au spectacle des droits de l'homme*, de Valentine Zuber; *Contro la dittatura del presente*, de Gustavo Zagrebelsky; y *A History of Christendom*, de Warren H. Carroll.

Dr. Julio Alvear Téllez  
Director  
*Derecho Público Iberoamericano*

# Estudios

---

Derecho Público Iberoamericano

Universidad del Desarrollo

Nº 6 | 2015

Estudios  
sobre derechos fundamentales

---



EL CASO ARTAVIA MURILLO VS. COSTA RICA:  
ANÁLISIS CRÍTICO  
Y POSIBLES EFECTOS REGIONALES

ARTAVIA MURILLO VS. COSTA RICA CASE:  
CRITICAL ANALYSIS  
AND REGIONAL POSSIBLE EFFECTS

*Max Silva Abbott\**

*Resumen*

El presente trabajo tiene por objeto abordar, a propósito del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, de 2012, ciertos problemas que hoy está presentando del Derecho Internacional de los Derechos Humanos tanto a nivel nacional como internacional, fruto de la evolución que ha sufrido a manos de la misma Corte, así como algunas de las posibles consecuencias que dicho fallo podría tener para nuestra región.

Palabras Clave: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Interpretación de la Corte, Control de Convencionalidad, Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica, Concepción, No nacido.

*Abstract*

This paper approaches, regarding the decision of the Inter-American Court of Human Rights in the *Artavia Murillo et al vs Costa Rica* case, 2012, certain subjects that the International Law of Human Rights is presenting, at the national and international level, due to the evolution it has experienced, from within the Court itself, as well as some of the possible consequences that the region could face in connection with the ruling.

---

\* Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra. Profesor de Filosofía del Derecho, Universidad San Sebastián, sede Concepción, Chile. Artículo recibido el 14 de noviembre de 2014 y aceptado para su publicación el 28 de enero de 2015. Correo electrónico: max.silva@uss.cl.

Este trabajo ha sido financiado por la Dirección General de Investigación de la Universidad San Sebastián, Proyecto DIUSS N° 2013-0024-I.

Keywords: Inter-American Court of Human Rights, Interpretation of the court, Control of Conventionality, Artavia Murillo vs. Costa Rica, conception, unborn.

## 1. Introducción

Como se sabe, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tiene por objeto tutelar los derechos fundamentales de las personas a nivel internacional, en caso que ellos sean violados, en particular por alguna actuación del Estado<sup>1</sup>, o cuando este no ha impedido conductas ilícitas de particulares, pudiendo hacerlo<sup>2</sup>. Todo ello previo agotamiento de las vías internas –razón por la cual tiene un carácter subsidiario–, entendiéndose por tal ya sea que los mecanismos de reparación nacionales no se hayan ejercido, que su funcionamiento no dé garantías de imparcialidad, o que en caso de haber sido empleados, los requirentes estimen que su veredicto no se ajusta a la normativa internacional que protege sus derechos<sup>3</sup>. En todas estas situaciones, los afectados pueden acudir primero a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a fin de lograr, de ser admi-

---

<sup>1</sup> Antonio CANÇADO TRINDADE, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI*, pp. 276, 282 y 391; Eduardo FERRER MAC-GREGOR, “Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los estados parte de la Convención Americana (*res interpretata*) (sobre el cumplimiento del caso *Gelman vs. Uruguay*)”, p. 693; Sergio GARCÍA RAMÍREZ, “Admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, p. 27; Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, “Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para las jurisdicciones nacionales”, pp. 1172 y 1195-1196; Felipe GONZÁLEZ MORALES, “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos: antecedentes, funciones y otros aspectos”, pp. 45 y 47; Manuel NÚÑEZ POBLETE, “Introducción al concepto de identidad constitucional y a su función frente al derecho supranacional e internacional de los derechos de la persona”, pp. 351-353.

<sup>2</sup> Eduardo FERRER MAC-GREGOR; Carlos María PELAYO MÖLLER, “La obligación de ‘respetar’ y ‘garantizar’ los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana”, pp. 158-161; Luis Daniel VÁSQUEZ; Sandra SERRANO, “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”, pp. 145-146; Sergio GARCÍA RAMÍREZ, “El control judicial interno de convencionalidad”, p. 143; Antonio CANÇADO TRINDADE, *El Derecho Internacional...*, *op. cit.*, pp. 241-244, 248 y 264-266.

<sup>3</sup> Antonio CANÇADO TRINDADE, *El Derecho Internacional...*, *op. cit.*, pp. 282 y 301-303; Diego GARCÍA SAYÁN, “La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, pp. 101-102; Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, “El uso del derecho y jurisprudencia constitucional extranjera de tribunales internacionales no vinculantes por el Tribunal Constitucional chileno en el periodo 2006-2011”, p. 155.

tida su alegación, un acuerdo con el Estado implicado<sup>4</sup>, y en caso de no conseguirlo, y de la mano de la Comisión, iniciar un juicio ante la Corte Interamericana. Este último organismo puede, en virtud de sus facultades, condenar al Estado acusado y su fallo debe ser acatado por él, también de acuerdo a la normativa internacional vigente para estos efectos<sup>5</sup>.

La idea de tener una instancia internacional más allá de los propios países, con la misión de velar por el respeto de los derechos humanos es, en principio, excelente. Ello, porque la historia es generosa en muestras, a veces dramáticas, de los abusos que puede llegar a cometer el Estado por medio de sus agentes, al estar en una clara posición de ventaja respecto de los ciudadanos. Y si bien desde hace más de dos siglos la lucha por la regulación, la división y el control del poder estatal ha dado frutos innegables, contar con un nuevo mecanismo de protección, de carácter internacional, se presenta muy ventajoso, al advertirle a cada Estado que no es la única instancia que puede tomar cartas en este asunto<sup>6</sup>.

Todo lo anterior indica que es de vital importancia que no existan dudas sobre cuál es la normativa internacional a la cual los Estados deben sujetarse, y por lo mismo, respecto de las facultades que tendrán los órganos supranacionales llegado el momento de su actuación. Es decir, la existencia de reglas claras resulta fundamental para evitar no sólo malentendidos (por ejemplo, no saber los Estados a qué deben atenerse en un momento o en otro), sino incluso abusos por parte de quien está llamado a administrar justicia. Lo anterior, máxime si se considera que nos encontramos en una etapa bastante nueva de esta forma de concebir y de aplicar el Derecho. En realidad, se puede decir sin exagerar que estamos asistiendo a un cambio de era, al implicar el paso desde la preeminencia

---

<sup>4</sup> Sobre el funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos puede consultarse Felipe GONZÁLEZ MORALES, "La Comisión Interamericana...", *op. cit.*, pp. 35-57.

<sup>5</sup> Néstor Pedro SAGÜÉS, "Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica", pp. 205-221; José Antonio CABALLERO JUÁREZ, "La recepción de jurisprudencia internacional y la ejecución de fallos en tribunales nacionales. Apuntes para su estudio", pp. 191-209; Eduardo FERRER MAC-GREGOR, "Eficacia de la sentencia interamericana...", *op. cit.*, pp. 641-693; Bárbara IVANSCHITZ BOURDEGUER, "Un estudio sobre el cumplimiento y ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por el Estado de Chile", pp. 275-332; Diego GARCÍA SAYÁN, "La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", pp. 91-119; Sergio GARCÍA RAMÍREZ, "Admisión de la competencia contenciosa...", *op. cit.*, pp. 17-35- Para el caso mexicano, Karlos CASTILLA JUÁREZ, "Un nuevo panorama constitucional para el derecho internacional de los derechos humanos en México", pp. 123-164.

<sup>6</sup> Aborda las ventajas de tener una protección que vaya más allá de los propios Estados, Antonio CANÇADO TRINDADE, *El Derecho Internacional...*, *op. cit.*, pp. 322-337 y 531-534.

de los diferentes órdenes jurídicos nacionales, hacia una especie de orden común internacional. Sin embargo, esto hace absolutamente imperioso actuar con la mayor prudencia, para que esta nueva situación de instancias supranacionales realmente vinculantes no se desprestigie antes de haberse consolidado.

Sin embargo, y por desgracia, ciertos rumbos que ha ido tomando esta nueva forma de protección de los derechos humanos en nuestra región, sobre todo de la mano de la actuación de la Corte Interamericana, están creando diversas dificultades que de no corregirse podrían terminar generando, a nuestro juicio, problemas incluso más graves de los que pretende solucionar.

Si bien se trata de un fenómeno tremendamente complejo, se harán algunas reflexiones a su respecto a propósito del *Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, de 2012, pues, como se ha dicho, es una situación nueva y en rápido desarrollo. Además, y pese a la creciente importancia que está adquiriendo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, este fenómeno está pasando de manera más o menos inadvertida en no pocos ambientes de los distintos países afectados por él, razón por la cual este trabajo pretende dar algo de luz a este respecto.

Dado lo anterior, primero se analizarán algunos aspectos generales del actual Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ámbito interamericano. Luego, y teniendo en cuenta lo antes dicho para contextualizarlo de mejor manera, se abordará el caso recién señalado. Finalmente, se mencionarán diversas consecuencias que podrían derivarse de este importante fallo, para terminar con algunas conclusiones.

## *2. Algunos parámetros actuales del Derecho Internacional en el sistema interamericano*

### *1.1 PLANTEAMIENTO*

Según se ha dicho, un aspecto que parece esencial para que esta nueva tutela internacional funcione adecuadamente es que la normativa que sus partes se han comprometido a respetar (o si se prefiere, el conjunto de “reglas del juego”), sean claras desde un principio y permanezcan así, por razones mínimas de certeza jurídica. Es por eso que resulta de la mayor importancia que no surjan dudas sobre cuáles son o qué significan estas normas a la que los Estados han decidido sujetarse, tanto desde el punto de vista sustantivo (los derechos protegidos) como adjetivo (el procedimiento jurídico tendiente a su tutela).

Como se sabe, el principal instrumento rector para estos efectos es la Convención Americana de Derechos Humanos (también llamada Pacto de San José de Costa Rica), de 1969, si bien no es el único documento que está llamado a aplicar la Corte<sup>7</sup>. Como tratado internacional multilateral –y que comenzó a regir en 1978–, establece un conjunto de derechos y garantías que cualquier país que lo acepte debe respetar, comprometiéndose así no sólo a acatarlo (art. 1), sino también a armonizar su propia normativa interna al mismo (art. 2). Además, en caso que surja un conflicto respecto de su aplicación en las situaciones mencionadas en el epígrafe anterior, y previo agotamiento de los mecanismos internos, algunos de estos Estados suscriptores han aceptado, además, la competencia de la Corte (arts. 52 a 73), obligándose así al acatamiento de sus sentencias.

Hasta aquí, todo parece marchar sobre ruedas: existe un tratado internacional suscrito por los Estados parte, que saben, de buena fe, a lo que se están comprometiendo (e incluso pretenden imitar los cánones de este tratado en su normativa interna), en virtud del principio *pacta sunt servanda*, que obliga a cumplir los pactos libremente aceptados, siendo por ello la piedra angular del Derecho Internacional. De ahí que lo esencial a nuestro entender –conviene repetirlo–, sea que las partes tengan claras las “reglas del juego” desde un principio, máxime en el presente caso, en que esta normativa internacional tendrá repercusiones continentales. O lo que es igual, que se sepa a ciencia cierta cuándo un Estado puede incurrir en responsabilidad internacional<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> El sistema interamericano de derechos humanos estaría configurado, además de la Convención Americana de Derechos Humanos, por el Protocolo Adicional en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador, 1998); el Protocolo Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte (Asunción, Paraguay, 1990); la Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura (Cartagena de Indias, Colombia, 1985); la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (Belém do Pará, Brasil, 1994); la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belém do Pará, Brasil, 1994); la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (Guatemala, 1999); la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión (Comisión Interamericana, 2000); la Carta Democrática Interamericana (Asamblea General de la OEA, 2001); la Convención Interamericana sobre la Corrupción (Caracas, 1996) y eventualmente los demás tratados que puedan dar competencia a la Corte. (Eduardo FERRER MAC-GREGOR, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, pp. 350-351; Miriam Lorena HENRÍQUEZ VIÑAS, “La polisemia del control de convencionalidad interno”, p. 129.)

<sup>8</sup> Una panorámica general además de sus orígenes y evolución puede verse en James CRAWFORD, *Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad internacional del Estado*. Sobre esto volveremos brevemente más adelante.

Sin embargo, y tal como se ha adelantado, algunos derroteros que ha seguido la Corte han hecho cambiar esta situación primigenia, y no poco, desfigurando notablemente las reglas del juego que se habían entendido en un principio, según intentará demostrarse. Lo anterior está modificando profundamente la normativa internacional involucrada (el punto de vista sustantivo), e incluso las facultades atribuidas inicialmente a la misma Corte (el punto de vista adjetivo), y por lo que puede apreciarse, no se ven señales que indiquen que este proceso no continuará en el futuro<sup>9</sup>, sino todo lo contrario, aumentando su intensidad.

Varios son los factores que están incidiendo en este notable cambio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos dentro del sistema interamericano, respecto de lo que se estimó al momento de darle vida en nuestro continente hace más de cuarenta años. Sin embargo, por razones de espacio, comentaremos brevemente solo tres:

- a) las reglas de interpretación que ha ido elaborando la Corte;
- b) los textos internacionales en los que inspira sus sentencias; y
- c) el llamado Control de Convencionalidad.

## 2.2 LAS REGLAS DE INTERPRETACIÓN QUE LA CORTE INTERAMERICANA HA IDO DÁNDOSE A SÍ MISMA

Según se verá, este primer aspecto resulta fundamental para entender prácticamente todos los demás elementos de la evolución que ha tenido el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en nuestra región, al ser, por decirlo de algún modo, su llave maestra.

Varios autores señalan que la Corte es la *intérprete última y legítima* de la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>10</sup>, en razón de ser la

<sup>9</sup> Dentro de las pocas críticas que hemos podido encontrar a la actual situación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos destacan las de Álvaro PAÚL DÍAZ, “La Corte Interamericana *in vitro*: notas sobre su proceso de toma de decisiones a propósito del caso *Artavia*”, pp. 303-304, 330-331 y 339-340 y Alfonso SANTIAGO, “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos: posibilidades, problemas y riesgos de un nuevo paradigma jurídico”, pp. 121-127.

<sup>10</sup> Comentan este carácter, establecido por la Corte en varios fallos, entre muchos otros, Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, “Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el período 2006-2011”, pp. 58-59, 62-63 y 90-98; Eduardo FERRER MAC-GREGOR, “Interpretación conforme y control difuso...”, *op. cit.*, pp. 424 y 427; Gonzalo AGUILAR CAVALLO, “Afinando las cuerdas” de la especial articulación entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Interno”, pp. 642-643; Gonzalo AGUILAR CAVALLO, “El Control de Convencionalidad de los derechos. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Chile en el caso denominado Episodio Rudy Cárcamo Ruiz de 24.5.12”, pp. 727-728 y 740-742; Juan Carlos HITTERS, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, pp. 115-122.

instancia *definitiva e inapelable*<sup>11</sup> de la misma (art. 67). Estas facultades han hecho que la Corte, inspirándose sobre todo en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, haya ido elaborando un conjunto de reglas cuya aplicación hace que a la postre el sentido y alcance que acaba atribuyendo a los tratados invocados sea a veces muy diferente del que tienen a primera vista. Por razones de espacio, se mencionarán solo los aspectos más relevantes de esta delicada cuestión<sup>12</sup>.

Debe advertirse que estas reglas de interpretación han sido elaboradas tanto por vía jurisprudencial, como a través de varias opiniones consultivas, documentos en los que la Corte aclara lo que a su juicio debe entenderse respecto de uno o más derechos humanos, aquellos sobre cuyo pronunciamiento ha sido requerida, ya sea por algún Estado solicitante o por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Ante todo, para la Corte los tratados deben interpretarse no tanto según a su tenor literal, ni atendiendo a las circunstancias históricas de su surgimiento, ni tampoco a las intenciones de sus redactores, sino desde una perspectiva *evolutiva, dinámica y progresista*, esto es, de acuerdo a lo que este tribunal entiende que son las circunstancias actuales de nuestras sociedades<sup>13</sup>.

Además, los derechos humanos así comprendidos no son autónomos, sino *interdependientes*, razón por la cual deben interpretarse unos a la luz y en coordinación con los restantes, de una forma *sistemática*, a

<sup>11</sup> Héctor FIX ZAMUDIO, "El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en las Constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos", pp. 69 y 76; Eduardo FERRER MAC-GREGOR, "Interpretación conforme y control difuso...", *op. cit.*, pp. 368, 400-401 y 424 y 427; Eduardo MEIER GARCÍA, "Nacionalismo constitucional y Derecho Internacional de los Derechos Humanos", p. 333; Gabriela RODRIGUEZ HUERTA, "Derecho humanos: jurisprudencia internacional y jueces internos", p. 218; Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, "Diálogo interjurisdiccional...", *op. cit.*, pp. 58-59, 62-63 y 90-98; Gonzalo AGUILAR CAVALLO, "Afinando las cuerdas...", *op. cit.*, pp. 642-643; Gonzalo AGUILAR CAVALLO, "El Control de Convencionalidad de los derechos...", *op. cit.*, pp. 727-728 y 740-742; Juan Carlos HITTERS, "Control de constitucionalidad...", *op. cit.*, pp. 115, 118 y 122.

<sup>12</sup> Una excelente panorámica general de la interpretación de los tratados de derechos humanos puede verse en Antonio CANÇADO TRINDADE, *El Derecho Internacional...*, *op. cit.*, pp. 19-60.

<sup>13</sup> Liliana GALDÁMEZ ZELADA, "Protección de la víctima, cuatro criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: interpretación evolutiva, ampliación del concepto de víctima, daño al proyecto de vida y reparaciones", pp. 442-486; Luis Daniel VÁSQUEZ; Sandra SERRANO, "Los principios de universalidad...", *op. cit.*, pp. 159-164; Eduardo FERRER MAC-GREGOR; Carlos María PELAYO MÖLLER, "La obligación de 'respetar' y 'garantizar'...", *op. cit.*, pp. 149-150; Gastón PEREYRA ZABALA, "El control de convencionalidad en el sistema interamericano de derechos humanos", p. 174; AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, "La Corte Suprema y la aplicación del Derecho Internacional: un proceso esperanzador", pp. 92-93.

fin de lograr un reforzamiento mutuo<sup>14</sup>. Por eso, desde otra perspectiva complementaria, son *indivisibles*, en un sentido similar al anterior<sup>15</sup>. Todo ello hace que exista una visión de tipo *holística* a su respecto<sup>16</sup>.

Por otro lado, y en virtud del llamado principio *pro homine* o *pro persona*<sup>17</sup>, según el cual debe buscarse la interpretación más favorable a las víctimas, la Corte estima que dicha interpretación debe no sólo ir evolucionando, sino que a fin de proteger de manera más eficaz un derecho determinado –o aminorar en lo posible sus restricciones<sup>18</sup>–, ella puede fundamentar dicha interpretación en otras normas, sean nacionales o in-

<sup>14</sup> Luis Daniel VÁSQUEZ; Sandra SERRANO, “Los principios de universalidad...”, *op. cit.*, pp. 151-155; Karlos CASTILLA JUÁREZ, “Un nuevo panorama constitucional...”, *op. cit.*, pp. 154-157; José de Jesús OROZCO HENRÍQUEZ, “Los derechos humanos y el nuevo artículo 1° constitucional”, pp. 85-98 y 93; Lorena FRIES MONLEÓN, “El Instituto Nacional de Derechos Humanos en Chile y sus desafíos para avanzar hacia una visión integral en el discurso y práctica de los derechos humanos en Chile”, pp. 169-171; Susana ALBANESE, “La fórmula de la cuarta instancia”, p. 7.

<sup>15</sup> Antonio CANÇADO TRINDADE, *El Derecho Internacional...*, *op. cit.*, pp. 65-72 y 93-144; Luis Daniel VÁSQUEZ; Sandra SERRANO, “Los principios de universalidad...”, *op. cit.*, pp. 148-159; Álvaro Francisco AMAYA VILLARREAL, “El principio *pro homine*: interpretación extensiva vs. el consentimiento del Estado”, p. 345; José de Jesús OROZCO HENRÍQUEZ, “Los derechos humanos y...”, *op. cit.*, pp. 93-94; Susana ALBANESE, “La fórmula de la cuarta instancia”, *op. cit.*, p. 7; Lorena FRIES MONLEÓN, “El Instituto Nacional de Derechos Humanos...”, *op. cit.*, pp. 169-171.

<sup>16</sup> Antonio CANÇADO TRINDADE, *El Derecho Internacional...*, *op. cit.*, pp. 64 y 166-167; Luis Daniel VÁSQUEZ; Sandra SERRANO, “Los principios de universalidad...”, *op. cit.*, p. 155.

<sup>17</sup> Álvaro Francisco AMAYA VILLARREAL, “El principio *pro homine*...”, *op. cit.*, pp. 337-380; Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, “Diálogo interjurisdiccional...”, *op. cit.*, pp. 79-91 y 97-103; Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, “El uso del derecho convencional internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno en el período 2006-2010”, pp. 153-154 y 158-161; Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, “Los desafíos...”, *op. cit.*, pp. 1168-1170, 1176-1178 y 1187-1189; Juan Manuel GÓMEZ ROBLEDO, “La implementación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ámbito interno: una tarea pendiente”, pp. 141-142; Eduardo FERRER MAC-GREGOR, “Interpretación conforme y control difuso...”, *op. cit.*, pp. 340-358, 361-366 y 387-390; Regina Ingrid DÍAZ TOLOSA, “Aplicación judicial en Chile del ‘*ius cogens*’ como manifestación de la internacionalización del derecho interno en materia de protección de la dignidad humana”, pp. 334-335; José Luis CABALLERO OCHOA, “La cláusula de interpretación conforme y el principio *pro persona* (art. 1° segundo párrafo de la Constitución)”, pp. 132-133; Miguel CARBONELL, “Introducción general al control de convencionalidad”, pp. 84-87.

<sup>18</sup> Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, “El uso del derecho y jurisprudencia constitucional extranjera...”, *op. cit.*, pp. 161 y 183; Álvaro Francisco AMAYA VILLARREAL, “El principio *pro homine*...”, *op. cit.*, pp. 346-374; Karlos CASTILLA JUÁREZ, “Un nuevo panorama constitucional...”, *op. cit.*, pp. 152-153; José de Jesús OROZCO HENRÍQUEZ, “Los derechos humanos y...”, *op. cit.*, pp. 91-93; Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, “Diálogo interjurisdiccional...”, *op. cit.*, pp. 88-90; Eduardo FERRER MAC-GREGOR, “Interpretación conforme y control difuso...”, *op. cit.*, pp. 363-366.



ternacionales, si es que de acuerdo a su criterio protegen mejor el derecho en cuestión. Esto se vincula con el segundo problema mencionado (los textos internacionales en que inspira sus sentencias), que será tratado en el epígrafe siguiente<sup>19</sup>.

Por lo mismo, se ha establecido el *principio de progresividad o de no retroceso*, entendiéndose por tal la prohibición de involucionar en la protección de los derechos humanos respecto de anteriores interpretaciones hechas por la Corte<sup>20</sup>, lo que obviamente se vincula a la interpretación “evolutiva, dinámica y progresista” ya mencionada.

Todo esto hace que los derechos humanos tengan un *sentido autónomo*<sup>21</sup>, lo que quiere decir que la forma de comprenderlos y de aplicarlos depende en definitiva, únicamente de las instancias internacionales (ya que por muchas interpretaciones internas que haya a su respecto, la Corte tiene siempre la palabra final<sup>22</sup>), debiendo los Estados aceptar dicha interpretación como *auténtica*<sup>23</sup>, al considerarse, según se ha dicho, la Corte la intérprete última, legítima e inapelable de la Convención Americana de Derechos Humanos. Lo anterior hace que para ella este tratado tenga un sentido universal, común para todos los Estados, de manera independiente a sus circunstancias particulares, razón por la cual queda poco espacio para que el país afectado pueda alegar razones internas para morigerar su aplicación (el llamado “margen de apreciación”<sup>24</sup>).

<sup>19</sup> Juan Carlos HITTERS, “El control de convencionalidad y...”, *op. cit.*, pp. 542-543; Eduardo FERRER MAC-GREGOR; Carlos María PELAYO MÖLLER, “La obligación de ‘respetar’ y ‘garantizar’...”, *op. cit.*, pp. 164-165; Eduardo FERRER MAC-GREGOR, “Eficacia de la sentencia interamericana...”, *op. cit.*, p. 673; Álvaro PAÚL DÍAZ, “La Corte Interamericana *in vitro*...”, *op. cit.*, pp. 310-314.

<sup>20</sup> Karlos CASTILLA JUÁREZ, “Un nuevo panorama constitucional...”, *op. cit.*, p. 157; Gonzalo AGUILAR CAVALLO, “El Control de Convencionalidad de los derechos...”, *op. cit.*, p. 729.

<sup>21</sup> Manuel NÚÑEZ POBLETE, “Principios metodológicos para la evaluación de los acuerdos aprobatorios de los tratados internacionales de derechos humanos y de las leyes de ejecución de obligaciones internacionales en la misma materia”, p. 53; Eduardo MEIER GARCÍA, “Nacionalismo constitucional...”, *op. cit.*, p. 334; Antonio CANÇADO TRINDADE, *El Derecho Internacional...*, *op. cit.*, pp. 26-30 y 52.

<sup>22</sup> Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, “Diálogo interjurisdiccional...”, *op. cit.*, pp. 87-97.

<sup>23</sup> Álvaro Francisco AMAYA VILLARREAL, “El principio *pro homine*...”, *op. cit.*, pp. 344-345; Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, “Diálogo interjurisdiccional...”, *op. cit.*, pp. 65, 70, 72, 82 y 96; Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, “Los desafíos...”, *op. cit.*, pp. 1178-1179 y 1219.

<sup>24</sup> Manuel NÚÑEZ POBLETE, “Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el *thelos* constitucional de una técnica de adjudicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, pp. 3-49; Francisco R. BARBOSA DELGADO, “El margen nacional de apreciación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: entre el estado de derecho y la sociedad democrática”, pp. 51-82; María Angélica BENAVIDES CASALS, “El consenso y el margen de apreciación en la protección

Finalmente, todo lo dicho hace que cada vez se vean con más recelo las *reservas* que los Estados puedan formular a los tratados al momento de suscribirlos, pues al excluirse mediante ellas algunos elementos de dichos tratados para ese Estado, se atentaría contra la universalidad, la interdependencia y el sentido autónomo de los derechos interpretados por la propia Corte<sup>25</sup>.

Como puede verse luego de esta somera revista a los cánones de interpretación que la Corte ha ido dándose a sí misma, sus posibilidades reales de no acatar lo que verdaderamente dicen los tratados, de modificarlos e incluso cambiarlos radicalmente, parecen evidentes. De esta forma, la interpretación de la Corte se coloca al mismo nivel que (o incluso sobre) el texto al que en teoría sirve y del cual depende, no siendo exagerado sostener que con este proceder, se está cambiando su normativa, tanto desde el punto de vista sustantivo como adjetivo. En parte se ha llamado a lo anterior “interpretación mutativa por adición”<sup>26</sup>.

Es por eso que se señalaba que esta es la puerta de entrada para las demás modificaciones que hoy está sufriendo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en nuestra región, todo lo cual hace que las reglas del juego iniciales, a las que los Estados se comprometieron, hayan cambiado notable y aceleradamente en los últimos años.

Finalmente, de manera particular, son dichas reglas las que explican la polémica interpretación que la Corte realizó en el *Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica*, en 2012, según se verá más adelante, como entre otros documentos, deja de manifiesto la *Declaración de Guanajuato*, de 2013<sup>27</sup>.

---

de los derechos humanos”, pp. 295-310; Gerardo BERNALES ROJAS, “La Imprescriptibilidad de la Acción Penal en Procesos por Violaciones a los Derechos Humanos”, pp. 245-265. Una actitud completamente diferente respecto del margen de apreciación, si bien referida al caso europeo (en este caso, relacionado al aborto), puede consultarse sobre este tema: Francisco Javier MENA PARRAS, “La sentencia *A, B y C contra Irlanda* y la cuestión del aborto: ¿Un “punto de inflexión” en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en materia de consenso y margen de apreciación nacional?”, pp. 115-124 y Fernando REY MARTÍNEZ, “¿Es el aborto un derecho en Europa? Comentario de la sentencia ‘*A, B y C v. Irlanda*’, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, pp. 743-752.

<sup>25</sup> Antonio CANÇADO TRINDADE, *El Derecho Internacional...*, *op. cit.*, pp. 28-29, 38-39, 179-180, 281-282 y 288-301; Ricardo MÉNDEZ-SILVA, “Judicialización y atavismos”, p. 178; Juan Carlos HITTERS, “El control de convencionalidad y...”, *op. cit.*, p. 542.

<sup>26</sup> Néstor Pedro SAGÜES, “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, p. 125; Néstor Pedro SAGÜES, “El ‘Control de convencionalidad’ como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano”, p. 468; Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, “Los desafíos...”, *op. cit.*, p. 1179.

<sup>27</sup> *Declaración de Guanajuato*. Aunque es anterior al fallo, existen varios argumentos aplicables en los *Artículos de San José*.

### 2.3 LOS DOCUMENTOS INTERNACIONALES QUE PUEDEN SER INVOCADOS

En principio, se supone que un tribunal internacional debe atenerse al o a los tratados que le han dado competencia para conocer, juzgar y eventualmente hacer cumplir lo juzgado respecto de las materias que esté llamado a dirimir. Esto es esencial, ya que los Estados se están comprometiendo ante la comunidad internacional y, como se ha dicho, las reglas del juego deben estar meridianamente claras en atención a los efectos continentales que tendrá la labor de esta instancia supranacional. Dicho de otra manera: obligarse un Estado a una situación indeterminada o impredecible sería a lo menos irresponsable de su parte.

Sin embargo, no ha resultado infrecuente que para fundamentar sus fallos –y muchas veces en virtud del principio *pro homine*–, la Corte invoque diferentes fuentes, sean nacionales o internacionales<sup>28</sup>. Lo anterior incluye no solo a otros tratados, ya sean universales o regionales ajenos al sistema interamericano<sup>29</sup>, sino también a documentos no vinculantes<sup>30</sup> (el llamado *soft law* internacional<sup>31</sup>) e incluso jurisprudencia, ya sea de otros tribunales internacionales<sup>32</sup> (sobre todo la Corte Europea de Derechos Humanos), así como de tribunales constitucionales y cortes supremas de diversos países, sobre todo de nuestra región<sup>33</sup>. Y no, como pudiera pensarse, simplemente para dar apoyo o reforzar argumentos tomados de la Convención Americana y otros tratados realmente vinculantes, sino también para ir modificando su sentido, de acuerdo a las reglas de

<sup>28</sup> Eduardo FERRER MAC-GREGOR, “Interpretación conforme y control difuso...”, *op. cit.*, pp. 340 y 393; Eduardo FERRER MAC-GREGOR, “Eficacia de la sentencia interamericana...”, *op. cit.*, p. 673; Juan Carlos HITTERS, “El control de convencionalidad y...”, *op. cit.*, pp. 542-543; Eduardo FERRER MAC-GREGOR; Carlos María PELAYO MÖLLER, “La obligación de ‘respetar’ y ‘garantizar’...”, *op. cit.*, pp. 164-165; Sergio GARCÍA RAMÍREZ, “El control judicial interno...”, *op. cit.*, pp. 137-138; Álvaro PAÚL DÍAZ, “La Corte Interamericana *in vitro*...”, *op. cit.*, pp. 310-314.

<sup>29</sup> Como ocurre por ejemplo en el *Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C N° 257, párr. 224-243 y 247-253. Véase n. 28.

<sup>30</sup> Precisamente refiriéndose a este fallo, Álvaro PAÚL DÍAZ, “La Corte Interamericana *in vitro*...”, *op. cit.*, pp. 317-320.

<sup>31</sup> Sobre *soft law* internacional, Sergio GARCÍA RAMÍREZ, “El control judicial interno...”, *op. cit.*, p. 135; Manuel NÚÑEZ POBLETE, “Principios metodológicos...”, *op. cit.*, p. 81; Gabriela RODRÍGUEZ HUERTA, “Derechos humanos: jurisprudencia...”, *op. cit.*, p. 219; Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, “El uso del derecho convencional internacional...”, *op. cit.*, pp. 156-157.

<sup>32</sup> Como en el *Caso Artavia Murillo*, párr. 145, 170, 235, 237-242, 245, 247-252, 275 y 186. Véase nota 28.

<sup>33</sup> *Caso Artavia Murillo*, párr. 254-256 y 260-262, entre otros lugares. Véase n. 28.

interpretación comentadas en el epígrafe anterior, como ocurre en el *Caso Artavia Murillo*, según se verá.

Una conducta semejante posee varios reparos. Sólo por mencionar algunos (que no pueden desarrollarse aquí), se pueden tener en cuenta los siguientes<sup>34</sup>:

- a) que la Corte acude a tratados de diferente ámbito (regionales y universales);
- b) a tratados que los Estados que están bajo su tutela no han suscrito;
- c) a documentos internacionales no vinculantes, que pasan a tener fuerza normativa a través de sus sentencias;
- d) pese a lo iluminador que puede resultar un “diálogo interjurisdiccional”<sup>35</sup>, se acude a jurisprudencia internacional de tribunales ajenos a nuestro sistema y a los cuales los países no han dado competencia; y
- e) finalmente, también se utilizan normas locales o jurisprudencia de tribunales nacionales, siempre extraños para los Estados involucrados, que por razones obvias, tampoco debieran afectarlos.

Todo lo anterior, sin perjuicio de la posible descontextualización de los instrumentos utilizados, así como su aplicación a situaciones diferentes a las contempladas por ellos, o que no tomen en cuenta diversas circunstancias locales de los países involucrados, (el ya mencionado margen de apreciación de los Estados).

Por otra parte, este inquietante fenómeno de selección normativa, tanto nacional como internacional, tampoco posee reglas claras de funcionamiento ni justificación (como se ha dicho, uno de los argumentos más frecuentes es la invocación del principio *pro homine*), quedando así al arbitrio de la misma Corte cuándo y cuáles aspectos específicos son escogidos de esta verdadera maraña de normas<sup>36</sup>, que además resultan tremendamente dúctiles de acuerdo a los criterios de interpretación antes esbozados.

Como puede fácilmente comprenderse, semejante actitud hace completamente imposible saber a cuáles normas acudirá la Corte para fundamentar sus sentencias, ni cómo las interpretará, afectando así gravemente la certeza jurídica. A nuestro juicio, este es un aspecto esencial, porque hace que las reglas del juego que han sido la base para la acep-

---

<sup>34</sup> Varias de estas críticas se encuentran también en Álvaro PAÚL DÍAZ, “La Corte Interamericana *in vitro*...”, *op. cit.*, pp. 310-314 y 317-320.

<sup>35</sup> Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, “Diálogo interjurisdiccional...”, *op. cit.*, pp. 57-140.

<sup>36</sup> Refiriéndose al *Caso Artavia Murillo*, Álvaro PAÚL DÍAZ, “La Corte Interamericana *in vitro*...”, *op. cit.*, pp. 319-320.

tación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por parte de los Estados en nuestra región –y por tanto de su legitimidad–, sean puestas seriamente en duda. A fin de cuentas, es como si un juez nacional no sólo dejara de estar sujeto a las normas que le han dado competencia –y que por tanto debe obedecer–, sino que además pudiera escoger libre y hasta arbitrariamente las disposiciones a la que echar mano en sus sentencias –incluso de otros países–, sin perjuicio de poder interpretarlas como estime conveniente, según lo antes señalado sobre este también delicado tema. Por tanto, aquí no es el juez el que sirve y en parte se ve limitado por una normativa previa, sino todo lo contrario: el juzgador es quien, de manera soberana (y nadie sabe con qué autorización) escoge y moldea la normativa según su criterio; en vez de adaptarse a las reglas que lo legitiman, las elige y manipula a voluntad.

Más aún: a nuestro juicio, ni siquiera el principio *pro homine* otorga legitimidad para acudir a instrumentos que no han sido ratificados por el Estado sometido a un tribunal internacional, por razones mínimas de seriedad y utilidad de los pactos. En efecto, en caso contrario, bastaría suscribir un solo tratado de derechos humanos para quedar, de acuerdo a este criterio, sujeto a toda la normativa sobre esta materia –al ser estos derechos humanos indivisibles y sistemáticos–, sea dicha normativa nacional o internacional, según se ha mencionado más arriba.

Nos parece que pocas cosas pueden hacerle tanto daño al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Ello, porque a fin de cuentas, los Estados no saben a qué atenerse, puesto que las reglas del juego están cambiando constantemente, con lo cual cualquier país parte podría ser condenado casi por lo que sea en un momento dado.

#### 2.4 EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

De manera muy simple, el control de convencionalidad apunta no solo a que la Corte puede desconocer una norma del orden interno de un Estado por ser “inconvencional”, esto es, contraria a lo dispuesto por la Convención Americana (o más precisamente, a la *interpretación* que de la misma haga la Corte, sin perjuicio de acudir en esta labor a otros documentos internacionales), sino además a que también los jueces nacionales puedan dejar de aplicar una norma interna por el mismo motivo<sup>37</sup>, incluso

<sup>37</sup> Dentro de las muchísimas obras que se han escrito sobre este tema, pueden verse: Néstor Pedro SAGÜES, “El ‘control de convencionalidad’ en el sistema interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo”, pp. 381-417; Néstor Pedro SAGÜES, “Obligaciones internacionales y...”, *op. cit.*, pp. 117-136; Juana María IBÁÑEZ RIVAS, “Control de convencionalidad: precisiones

*de oficio*<sup>38</sup>. De alguna manera –y nuevamente por vía jurisprudencial<sup>39</sup>, ya que el control de convencionalidad no está contemplado en la Convención Americana–, la Corte ha estimado que estos jueces locales vendrían a ser algo así como sus delegados (se los considera incluso como “jueces interamericanos”<sup>40</sup>), razón por la cual estarían llamados a aplicar directamente la normativa internacional ya interpretada por la Corte en sus fallos, así como según ciertos autores, también la interpretación contenida en sus opiniones consultivas<sup>41</sup>.

---

para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, pp. 103-113; Víctor BAZÁN, “En torno al control de las inconstitucionalidades e inconveniencias omisivas”, pp. 151-177; Miguel CARBONELL, “Introducción general al control de convencionalidad”, *op. cit.*, pp. 67-95; Eduardo FERRER MAC-GREGOR, “Interpretación conforme y control difuso...”, *op. cit.*, pp. 339-429; Sergio GARCÍA RAMÍREZ, “El control judicial interno...”, *op. cit.*, pp. 123-159; Juan Carlos HITTERS, “El control de convencionalidad y...”, *op. cit.*, pp. 535-574; Juan Carlos HITTERS, “Control de constitucionalidad...”, *op. cit.*, pp. 109-128; Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, “Los desafíos...”, *op. cit.*, pp. 1167-1220; Gastón PEREYRA ZABALA, “El control de convencionalidad...”, *op. cit.*, pp. 155-176; Gonzalo AGUILAR CAVALLA, “El Control de Convencionalidad de los derechos...”, *op. cit.*, pp. 717-750; Guillermo PACHECO PULIDO, *Control de convencionalidad. Tratados internacionales de los derechos humanos*, pp. 1-131.

<sup>38</sup> Víctor BAZÁN, “En torno al control...”, *op. cit.*, p. 176; Eduardo FERRER MAC-GREGOR, “Interpretación conforme y control difuso...”, *op. cit.*, pp. 343-344 y 390-391; Eduardo FERRER MAC-GREGOR, “Eficacia de la sentencia interamericana...”, *op. cit.*, pp. 685-686; Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, “Diálogo interjurisdiccional...”, *op. cit.*, pp. 127-128; Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, “Los desafíos...”, *op. cit.*, pp. 1175-1176; Miguel CARBONELL, “Introducción general al control de convencionalidad”, *op. cit.*, pp. 71-74; Néstor Pedro SAGÜÉS, “El “Control de convencionalidad” como instrumento...”, *op. cit.*, pp. 451 y 455; Sergio GARCÍA RAMÍREZ, “El control judicial interno...”, *op. cit.*, pp. 141-142; Juana María IBÁÑEZ RIVAS, “Control de convencionalidad: precisiones...”, *op. cit.*, pp. 105-106; Juan Carlos HITTERS, “El control de convencionalidad y...”, *op. cit.*, pp. 121-125.

<sup>39</sup> Entre los muchos casos que en los últimos años han aludido al control de convencionalidad –y cada vez con mayor fuerza– destacan a nuestro juicio, sobre todo los siguientes: *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 26 de septiembre de 2006, Serie C N° 154, párr. 124; *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de noviembre de 2006, serie C N° 158, párr. 128; *Caso La Cantuta vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 29 de noviembre de 2006, Serie C N° 162, párr. 173; *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y reparaciones. Sentencia del 24 de febrero de 2011, Serie C N° 221, párr. 193 y 239; y *Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 20 de marzo de 2013, párr. 37, 57-58, 65-90 y 102.

<sup>40</sup> Eduardo FERRER MAC-GREGOR, “Interpretación conforme y control difuso...”, *op. cit.*, p. 396; Miguel CARBONELL, “Introducción general al control de convencionalidad”, *op. cit.*, p. 80; Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, “Diálogo interjurisdiccional...”, *op. cit.*, pp. 60-87.

<sup>41</sup> Juan Carlos HITTERS, “Control de constitucionalidad...”, *op. cit.*, pp. 122-123; Luis Daniel VÁSQUEZ; Sandra SERRANO, “Los principios de universalidad...”, *op. cit.*, p. 136; Sergio GARCÍA RAMÍREZ, “El control judicial interno...”, *op. cit.*, pp. 131-139; Humberto

Al considerar la Corte a la normativa internacional superior a la de los propios Estados, ella tendría preminencia incluso sobre las mismas Constituciones nacionales, razón por la cual el control de convencionalidad, sea el aplicado por ella misma, sea el ejercido por los jueces locales, podría muy bien desconocerlas. La única excepción admitida por esta doctrina para que prime la normativa interna, es que ella sea más favorable a los afectados, en virtud del principio *pro homine*<sup>42</sup>. Con todo, como los requirentes tienen la posibilidad de acudir a la Corte en caso de estimar no satisfechas sus pretensiones luego de haber agotado las instancias internas, en último término, siempre será la Corte la que decidirá si prima o no esa normativa nacional. Es por eso que el principio *pro homine* viene a ser algo así como una válvula de escape, que permite alterar profundamente la relación entre las fuentes jurídicas, primando para algunos incluso sobre la jerarquía que exista entre ellas<sup>43</sup>.

No contenta con lo anterior, la Corte ha señalado que puesto que la Convención Americana tiene vigencia continental –al haber sido aprobada por la mayoría de los países de la región–, los argumentos esgrimidos por ella en una sentencia para un caso determinado (la llamada “*res interpretata*” o también “*ratio decidendi*”), no solo se aplicarían a las partes de dicho litigio, sino que debieran tener efectos *erga omnes* dentro del sistema interamericano<sup>44</sup>. Lo anterior se aplica, según se ha dicho, a lo que podríamos

---

NOGUEIRA ALCALÁ, “Los desafíos...”, *op. cit.*, p. 1219; Miguel CARBONELL, “Introducción general al control de convencionalidad”, *op. cit.*, p. 83; Néstor Pedro SAGÜES, “El ‘Control de convencionalidad’ como instrumento...”, *op. cit.*, pp. 458-461.

<sup>42</sup> Juan Carlos HITTERS, “Un avance en el control de convencionalidad. (El efecto ‘*erga omnes*’ de las sentencias de la Corte Interamericana)”, pp. 708-709; Eduardo FERRER MAC-GREGOR, “Eficacia de la sentencia interamericana...”, *op. cit.*, p. 676; Sergio GARCÍA RAMÍREZ, “El control judicial interno...”, *op. cit.*, pp. 133-139; Antonio CANÇADO TRINDADE, *El Derecho Internacional...*, *op. cit.*, pp. 310-314.

<sup>43</sup> Karlos CASTILLA JUÁREZ, “Un nuevo panorama constitucional...”, *op. cit.*, pp. 149-153; José Luis CABALLERO OCHOA, “La cláusula de interpretación conforme...”, *op. cit.*, pp. 109-112 y 128; Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, “El uso del derecho convencional internacional...”, *op. cit.*, pp. 160-161 y 185; Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, “Los desafíos...”, *op. cit.*, pp. 1202-1203 y 1218.

<sup>44</sup> Juan Carlos HITTERS, “Un avance en el control de convencionalidad...”, *op. cit.*, pp. 695-710; Juan Carlos HITTERS, “El control de convencionalidad y...”, *op. cit.*, pp. 543-544; Eduardo FERRER MAC-GREGOR, “Eficacia de la sentencia interamericana...”, *op. cit.*, pp. 652-688; Néstor Pedro SAGÜES, “El ‘Control de convencionalidad’ como instrumento...”, *op. cit.*, pp. 462 y 468; Manuel BECERRA RAMÍREZ, “La jerarquía de los tratados en el orden jurídico interno. Una visión desde la perspectiva del Derecho Internacional”, p. 303; Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, “Diálogo interjurisdiccional...”, *op. cit.*, pp. 65 y 83-84. Desde un ángulo complementario, si bien referido al Derecho Internacional Humanitario, Regina Ingrid DÍAZ TOLOSA, “Aplicabilidad en el ámbito interno y en tiempos de paz de las normas de *ius cogens* del Derecho Internacional Humanitario”, pp. 281-322.

llamar la “parte considerativa” de sus fallos, no a sus condenas (las “*res iudicata*”), que solo tienen consecuencias para el Estado involucrado<sup>45</sup>.

Semejante afirmación se justifica para sus partidarios, porque lo que prima aquí no es tanto la Convención Americana, sino la *interpretación* que de ella hace la Corte en diferentes fallos e incluso para algunos, según se ha dicho, también en sus opiniones consultivas. Así, la interpretación que se haga de la Convención Americana, vendría a incorporarse automáticamente a este documento, fundiéndose con él y por tanto, alterándolo en definitiva<sup>46</sup>. Por eso la Corte estima que para los Estados que han aceptado el tratado, ello incluye sus modificaciones por vía jurisprudencial<sup>47</sup> o incluso a través de sus opiniones consultivas<sup>48</sup>.

De tal forma, puede verse muy a las claras que con este mecanismo la Corte busca instaurar no solo lo que podríamos llamar un “efecto expansivo” –cuando no explosivo– de su jurisprudencia, sino también algo así como un sistema de precedentes a nivel continental<sup>49</sup>. Pero además esta imposición no sólo pretende hacerla la Corte “desde arriba”, mediante sus sentencias, sino que también “desde abajo”, es decir, a través de la actividad de las autoridades locales, con un claro efecto multiplicador. Ello,

<sup>45</sup> El efecto relativo de las sentencias, entendiéndolo por tal que ella sólo tiene incidencia respecto de las partes involucradas, resulta evidente. Lo resalta, precisamente en relación al efecto *erga omnes* que pretende atribuirse de los razonamientos y las interpretaciones de la Corte, Eduardo FERRER MAC-GREGOR, “Eficacia de la sentencia interamericana...”, *op. cit.*, pp. 688-693.

<sup>46</sup> Néstor Pedro SAGÜES, “El ‘Control de convencionalidad’ como instrumento...”, *op. cit.*, pp. 458-461; Eduardo FERRER MAC-GREGOR, “Eficacia de la sentencia interamericana...”, *op. cit.*, pp. 671-672; Eduardo FERRER MAC-GREGOR; Carlos María PELAYO MÖLLER, “La obligación de ‘respetar’ y ‘garantizar’...”, *op. cit.*, pp. 147-149.

<sup>47</sup> Eduardo FERRER MAC-GREGOR, “Interpretación conforme y control difuso...”, *op. cit.*, pp. 343-344, 383-384, 386-387 y 391-394; José Luis CABALLERO OCHOA, “La cláusula de interpretación conforme...”, *op. cit.*, pp. 117-118 y 128-129; Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, “Diálogo interjurisdiccional...”, *op. cit.*, pp. 58-59, 70-72, 81-82 y 98.

<sup>48</sup> Eduardo FERRER MAC-GREGOR, “Interpretación conforme y control difuso...”, *op. cit.*, pp. 340 y 393; Luis Daniel VÁSQUEZ; Sandra SERRANO, “Los principios de universalidad...”, *op. cit.*, p. 136; Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, “Los desafíos...”, *op. cit.*, p. 1219; Miguel CARBONELL, “Introducción general al control de convencionalidad”, *op. cit.*, p. 83; Néstor Pedro SAGÜES, “El ‘Control de convencionalidad’ como instrumento...”, *op. cit.*, pp. 458-461; Sergio GARCÍA RAMÍREZ, “El control judicial interno...”, *op. cit.*, pp. 131-139; Juan Carlos HITTERS, “Control de constitucionalidad...”, *op. cit.*, pp. 122-123.

<sup>49</sup> Sin decirlo expresamente, Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, “Diálogo interjurisdiccional...”, *op. cit.*, p. 73; Eduardo FERRER MAC-GREGOR, “Eficacia de la sentencia interamericana...”, *op. cit.*, pp. 670-671; Juan Carlos HITTERS, “Un avance en el control de convencionalidad...”, *op. cit.*, pp. 705-708; Gastón PEREYRA ZABALA, “El control de convencionalidad...”, *op. cit.*, pp. 169-173; María Engracia del Carmen RODRÍGUEZ MORELÓN, “La recepción de la jurisprudencia interamericana d derechos humanos”, p. 360.



puesto que, como se ha dicho, ella estima que los jueces internos serían algo así como delegados. Por eso considera, según se ha visto, que deben aplicar la “*res interpretata*” de cualquier fallo de la Corte incluso *de oficio*, con preminencia de su propio ordenamiento jurídico.

Es por eso que algunos autores hayan declarado que se pretende llegar a un “orden público” común interamericano<sup>50</sup>.

Ahora bien, se supone –también de acuerdo a la Corte– que el esfuerzo del juez nacional debiera tender primero a armonizar la normativa interna con la “*res iudicata*” (lo que ha sido llamado “interpretación conforme”<sup>51</sup>), y que sólo en el evento de no ser posible una conciliación, le sería permitido apartarse de su normativa local. Mas resulta evidente que el sentido y alcance de dicha normativa doméstica podría verse notablemente deformado fruto de este trabajo de “armonización”. O sea, el derecho interno sólo sería legítimo a la luz del internacional, y en realidad, de lo que la Corte considere que éste señala.

Lo importante es darse cuenta que gracias al control de convencionalidad (que viene a ser a nuestro juicio una regla adjetiva con efectos sustantivos), desarrollado por vía jurisprudencial según se ha dicho, un juez nacional podría aplicar la “*res interpretata*” de cualquier fallo de la Corte para dejar sin efecto cualquier norma interna, si de acuerdo a su criterio, es incompatible con dicha “*res interpretata*”, incluso (siempre según el criterio de la misma Corte), si se trata de normas de rango constitucional.

Por eso se estima que una actitud contraria de los jueces locales equivaldría a una desobediencia del Estado hacia la Convención Americana (lo que se ha llamado “inconvencionalidad”<sup>52</sup>), generando por ello, responsabilidad internacional para él<sup>53</sup>.

---

<sup>50</sup> Ana María MOURE, “El Defensor Interamericano y la defensa de los derechos del niño. Caso Furlán”, p. 991; Eduardo FERRER MAC-GREGOR, “Eficacia de la sentencia interamericana...”, *op. cit.*, p. 656; Manuel BECERRA RAMÍREZ, “La jerarquía de los tratados...”, *op. cit.*, pp. 301-304.

<sup>51</sup> José Luis CABALLERO OCHOA, “La cláusula de interpretación conforme...”, *op. cit.*, pp. 103-133; Eduardo FERRER MAC-GREGOR, “Interpretación conforme y control difuso...”, *op. cit.*, pp. 339-429.

<sup>52</sup> Víctor BAZÁN, “En torno al control...”, *op. cit.*, pp. 151-177; Eduardo FERRER MAC-GREGOR, “Interpretación conforme y control difuso...”, *op. cit.*, pp. 386-390; Néstor Pedro SAGÜÉS, “Obligaciones internacionales y...”, *op. cit.*, pp. 127-128 y 130.

<sup>53</sup> Entre muchos otros, Manuel NÚÑEZ POBLETE, “Sobre la declaración de inaplicabilidad de los tratados internacionales. Un estudio en defensa de su fundamento y legitimidad”, pp. 452-457 y 461-464; Miriam Lorena HENRÍQUEZ VIÑAS, *Las fuentes formales del Derecho*, pp. 52-55; Miriam Lorena HENRÍQUEZ VIÑAS, “La oportunidad del control de constitucionalidad de los tratados: improcedencia del control represivo”, pp. 1-10; Diego GARCÍA SAYÁN, “La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, pp. 100-101; Humberto

Se comprende fácilmente que lo anterior viene a ser un auténtico cataclismo para los ordenamientos jurídicos internos de los países pertenecientes al sistema interamericano. No sólo –y desde un punto de vista externo– porque el Estado en cuestión se ve afectado por los argumentos esgrimidos por la Corte mediante su “*res interpretata*”, en un caso del que no ha sido parte y por lo mismo, no ha podido defenderse<sup>54</sup>, sino además –y desde una perspectiva interna, que de lejos es lo más grave– porque lo anterior equivale literalmente, a la *anulación de su normativa doméstica y a sus posibilidades de autodeterminación*. La única actitud que le resultaría lícita, así las cosas, sería desarrollar y profundizar obedientemente las directrices dadas por la Corte, o también mejorarlas, siguiendo el principio *pro homine*<sup>55</sup> –pero siempre bajo su fiscalización potencial–, para no caer en responsabilidad internacional.

Lo anterior, sin perjuicio que los jueces locales podrían libremente elegir la normativa que consideren adecuada<sup>56</sup>, desconociendo así sus propias fuentes nacionales, todo lo cual atenta, como es obvio, contra la más elemental certeza jurídica.

Es por ello que puede adelantarse que la gran pregunta que surge, después de este rápido vistazo a nuestra actual situación, es si fue a esto a lo que se obligaron los Estados al firmar la Convención Americana. Sobre ello se volverá en las conclusiones de este trabajo.

### 3. La polémica interpretación de la Corte en el Caso *Artavia Murillo*

#### 3.1 PLANTEAMIENTO

El objetivo de este apartado es analizar someramente la situación planteada en el *Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*. Para ello se aplicarán dos

---

NOGUEIRA ALCALÁ, “Los desafíos...”, *op. cit.*, pp. 1168-1171 y 1185-1194; Gerardo BERNALES ROJAS, “La Imprescriptibilidad de la Acción Penal...”, *op. cit.*, pp. 256-257; Jorge TAPIA VALDÉS, “Poder constituyente irregular: los límites metajurídicos del poder constituyente originario”, pp. 133-134; Víctor BAZÁN, “En torno al control...”, *op. cit.*, pp. 170-173; Juan Carlos HITTERS, “El control de convencionalidad y el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana”, pp. 543-544; Regina Ingrid DÍAZ TOLOSA, “Aplicabilidad en el ámbito interno...”, *op. cit.*, pp. 295-297.

<sup>54</sup> Como acertadamente apunta Néstor Pedro SAGÜES, “Obligaciones internacionales y...”, *op. cit.*, pp. 125-126.

<sup>55</sup> Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, “Diálogo interjurisdiccional...”, *op. cit.*, pp. 79-91 y 100-103.

<sup>56</sup> Eduardo FERRER MAC-GREGOR, “Interpretación conforme y control difuso...”, *op. cit.*, pp. 377-386.

de los parámetros del actual funcionamiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos de nuestra región vistos hasta aquí: las reglas de interpretación y los documentos internacionales invocados por la Corte. De esta manera, primero se hará un breve ensayo personal de interpretación de la Convención Americana desde una perspectiva hermenéutica más “clásica” y por ello apegada lo más posible al texto de este tratado<sup>57</sup> –y que a nuestro juicio fue a lo que realmente se comprometieron los países suscriptores–. Luego se hará un apretado análisis de los principales argumentos del fallo de la Corte y de su voto disidente, emanado del juez Eduardo Vio Grossi. El propósito del anterior ejercicio es mostrar algunos de los efectos prácticos que pueden tener en la interpretación de la Convención los parámetros antes mencionados. Quedará para el punto 4 analizar las posibles consecuencias de este fallo, incluso a nivel continental, en virtud del control de convencionalidad.

### 3.2 UNA BREVE PROPUESTA DE INTERPRETACIÓN

Como se sabe, este caso surgió con motivo de la prohibición, vigente en Costa Rica desde el año 2000, de realizar fecundaciones *in vitro*, en atención a que como su orden interno protege la vida desde la concepción, se estimó, aplicando precisamente el principio *pro homine* y basándose además en la propia Convención Americana (en particular su art. 4.1), que la masiva muerte de los así llamados “embriones sobrantes” fruto de esta práctica, atenta contra su derecho a la vida. El fallo de la Corte desechó este criterio, según se verá.

A nuestro juicio, el quid del problema de los derechos involucrados en este asunto, y que se vinculan, ni más ni menos que al estatuto jurídico del no nacido (sea cigoto, embrión o feto, da igual), radica no tanto en el art. 4.1 de la Convención, permanentemente invocado, pese a su importancia fundamental, sino en el art. 1.2 (“*Para efectos de esta convención, persona es todo ser humano*”), el que debe vincularse, primero con el art. 1.1, que obliga a los Estados a respetar y garantizar los derechos y libertades establecidos para toda persona

“sin discriminación alguna por motivos [...] de cualquier otra índole [...] o cualquier otra condición social”, y luego con el art. 3 “*Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica*”.

---

<sup>57</sup> En el fondo, pretendemos aplicar el art. Art. 31.1 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: los tratados internacionales deben interpretarse “de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

Creemos que sólo luego de estos artículos, que por su posición inicial guardan un papel orientador para las demás disposiciones de este tratado, y a fin de evitar malos entendidos o incluso tergiversaciones, debiera acudirse al art. 4.1

“Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de su vida arbitrariamente”.

Finalmente, este periplo concluiría, a modo de ratificación obvia de todo lo dicho, con el art. 4.5

“No se impondrá la pena de muerte [...] a las mujeres en estado de gravidez”.

De esta manera, nos parece que ya que “persona es todo ser humano” (art. 1.2), no debiera admitirse ninguna discriminación a este respecto (art. 1.1), ni siquiera para el no nacido, pues no cabe duda alguna, entre otras cosas en atención a su información genética, que se trata de un miembro de la familia humana. De hecho, los padres no están preocupados que su hijo en gestación pueda pertenecer a otra especie, sino que llegue a buen término. Por tanto, puesto que es un ser humano y no debe ser discriminado, se trata también de una persona.

Como persona que es y no puede dejar de ser, y nuevamente a fin de que no se la discrimine, tiene “derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica” (art. 3), esto es, posee un conjunto de derechos humanos (no así todavía deberes, por razones obvias de su desarrollo) que deben ser respetados por todos, aunque esto ocasione eventualmente molestias o inconvenientes a terceros. Sólo así podemos hablar realmente de “derechos”, que como resulta evidente, no pueden ser desconocidos por meros intereses o incluso fastidio de quienes se vean obligados a respetarlos<sup>58</sup>. Únicamente podrían cuestionarse si se esgrimen otros derechos tanto o más importantes, debiendo intentarse primero llegar a una conciliación entre todos en vez de eliminar al o a los menos importantes. Mas parece difícil que cualquier otro derecho pueda ser superior a la vida de un ser inocente, como en este caso<sup>59</sup>, ya que para poder ejercerlos primero se requiere estar vivo.

---

<sup>58</sup> Carlos Ignacio MASSINI-CORREAS, *El derecho natural y sus dimensiones actuales*, pp. 40-43.

<sup>59</sup> Carlos Ignacio MASSINI-CORREAS, “El derecho a la vida en la sistemática de los derechos humanos”, pp. 179-222; Roberto ANDORNO, *Bioética y dignidad de la persona*, pp. 53-55; Robert P. GEORGE, “La ética del embrión”, pp. 39-64.

Explicitando más lo antes ordenado por la Convención, y puesto que estamos ante una persona, ella insiste: “Toda persona tiene derecho a que se respete su derecho a la vida” (art. 4.1, primera frase), aspecto fundamental para poder ejercer los restantes derechos, según se ha dicho. Esta es, pues, la situación general: que a todos los seres humanos (y por tanto, personas), sin discriminación alguna, se les debe respetar su derecho a la vida.

Luego, para que no quede ninguna duda, inmediatamente, en el mismo artículo, a continuación de un punto seguido (lo que muestra que va en el mismo orden de ideas), lo anterior vuelve a ser ratificado, pero de forma especial:

“Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción”.

Esto significa que el tratado expresamente hace alusión al no nacido –y se supone que no existen cláusulas inútiles o innecesarias en un tratado<sup>60</sup>–, en atención a su calidad de persona, señalando expresamente al momento de la concepción (y no desde otro instante posterior<sup>61</sup>) como el comienzo de la protección de su derecho a la vida, lo que debiera ser además, la situación común o “general”<sup>62</sup>. Se insiste que en virtud del “efecto útil” de las disposiciones de un tratado, parece absurdo que no exista un evidente propósito de dejar las cosas claras a este respecto<sup>63</sup>.

De hecho, a nuestro juicio lo anterior podría no haberse explicitado, pues en estricto rigor, basta con el art. 1.2: “persona es todo ser humano”, en relación con el art. 1.1 (que prohíbe la discriminación arbitraria) reforzado con el art. 3: “Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica” y, finalmente, la primera frase del art. 4.1: “Toda persona tiene derecho a que se respete su derecho a la vida”. Pero si el tratado se tomó la molestia de invocar al no nacido mediante una cláusula especial, ello muestra muy a las claras el espíritu de la época e incluso el actual, ya que la mayoría de las legislaciones de nuestro continente protegen la vida desde la concepción o permiten el aborto como una situación excepcional. Las únicas situaciones atípicas son las de Estados Unidos, Canadá, Guyana y Cuba<sup>64</sup>.

Finalmente, y como si fuera poco, la última frase del art. 4.1 refuerza la misma idea, de modo general: “Nadie puede ser privado de su vida ar-

<sup>60</sup> En particular en el presente caso, que como se mencionará más adelante, fue objeto de un especial debate en relación al no nacido (ver n. 73).

<sup>61</sup> Álvaro PAÚL DÍAZ, “Estatus del no nacido en la Convención Americana: un ejercicio de interpretación”, p. 68.

<sup>62</sup> *Op. cit.*, pp. 93-103.

<sup>63</sup> *Op. cit.*, p. 97.

<sup>64</sup> *Op. cit.*, pp. 72-75.

bitrariamente”, lo cual también es una especificación de lo establecido en el art. 1.1. Y una clara muestra de arbitrariedad es cegar la vida de alguien por la condición que ostente (ya que para tener este derecho solo basta con pertenecer a la especie humana), en este caso, su condición de no nacido.

Por último, como término de este periplo, se prohíbe la pena de muerte para la mujer embarazada (art. 4.5), obviamente porque ello acarrearía también la muerte arbitraria del no nacido, lo que violaría su derecho a la vida. Este artículo es más importante de lo que se cree, pues indica sin lugar a dudas que el derecho a la vida del no nacido es autónomo y distinto respecto al derecho a la vida de la madre. En suma, que se trata de *otro sujeto de derechos*, cuya personalidad jurídica debe ser reconocida (art. 3). O si se prefiere, demuestra que el art. 4.5 apunta a *dos titulares del derecho a la vida*. Al tratarse así de *otra persona*, no tiene por qué sufrir, si bien de forma indirecta, los efectos de una acción contra un tercero, aunque sea su propia madre, no sólo por ello, sino además, por ser inocente.

De manera más indirecta, también pueden invocarse dentro de la Convención Americana, por ejemplo, para condenar la tentativa de aborto o un aborto frustrado, los arts. 5.1: “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”, y 5.2: “Nadie puede ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”.

Ahora bien, se ha realizado este sencillo ejercicio de interpretación, reiterativo y hasta redundante, a propósito, con el objeto de mostrar lo que consideramos evidente: que la Convención Americana de Derechos Humanos protege la vida del no nacido al considerarlo una persona desde la concepción, en virtud de reconocerlo como un miembro de la especie humana, que por lo demás, es el único requisito que exige para ser considerado persona. De esta manera, puede apreciarse lo incorrecta de la interpretación realizada por la Corte Interamericana, según se verá, que más que interpretar, a nuestro juicio está *modificando* el tratado al que en teoría sirve (lo que antes llamábamos “interpretación mutativa por adición”).

Lo anterior, además, se ve ratificado si se aplica el principio *pro homine* o *pro persona*<sup>65</sup>. En efecto, puesto que el no nacido es una persona,

---

<sup>65</sup> La sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica de 2000 buscaba proteger a los recién concebidos por considerarlos los individuos más indefensos de la especie humana. En atención a su inherente dignidad, se estimó que su derecho a la vida era vulnerado por las técnicas de fecundación in vitro, puesto que ella genera un riesgo desproporcionado de muerte, mediante el desecho de los llamados “embriones sobrantes”. La sentencia se basó en el art. 4 de la Convención Americana, precisamente para darle cumplimiento a la normativa internacional. Debe tenerse en cuenta, además, que el Presidente de la Corte Suprema de ese entonces era el juez Rodolfo Piza Escalante, ex presidente de la Corte Interamericana (Álvaro PAÚL DÍAZ, “Estatus del no nacido...”,

su máxima protección debe ser un *leit motiv* esencial en la interpretación de los derechos que lo afectan, partiendo por su derecho a la vida, expandiendo este último en lo que haga falta (con lo que se lo puede hacer primar sobre otros derechos de terceros) y al contrario, limitando lo más posible sus eventuales restricciones.

De hecho, a nuestro juicio, esta auténtica válvula interpretativa podría incluso fundamentar la prohibición de cualquier tipo de aborto directo, en atención a implicar la condena a muerte de una persona inocente, lo que se torna más urgente aún, aunque sea de Perogrullo, al ser sus efectos irremediables. Si de verdad todos somos persona y por tanto, esencialmente iguales<sup>66</sup>, el principio *pro homine* debiera llevar a esta conclusión, puesto que “Nadie puede ser privado de su vida arbitrariamente” (art. 4.1 frase final). Y no parece existir una situación más arbitraria que privar a alguien de su vida por hechos que no le empecen (en el fondo, por su condición de no nacido), o si se prefiere, matar a una persona que es completamente inocente, ya que no puede ser considerada culpable de nada.

### 3.3 LO QUE LA CORTE HA DICHO A LA LUZ DE LOS PARÁMETROS SEÑALADOS

Un primer aspecto que debe advertirse respecto de esta sentencia, es que si bien el problema originalmente planteado se refería a la fecundación *in vitro*, el fallo terminó yendo bastante más allá de este asunto, al establecer diversos criterios respecto del estatuto jurídico del no nacido<sup>67</sup>, todo lo cual podría tener a nuestro juicio, notables repercusiones en el futuro.

Usando los criterios interpretativos señalados más arriba, y pese a la meridiana claridad de la Convención Americana, la Corte estimó que el no nacido no es acreedor de una protección similar a la de los ya nacidos:

“La Corte ha utilizado los diversos métodos de interpretación, los cuales han llevado a resultados coincidentes en el sentido de que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana” (párr. 264)<sup>68</sup>.

---

*op. cit.*, p. 91). Como puede apreciarse, parece difícil argumentar un desconocimiento por parte de los juzgadores de Costa Rica de lo establecido por la Convención Americana, sin perjuicio de estar aquí ante una clara aplicación del principio *pro homine*.

<sup>66</sup> Lo ha afirmado reiteradamente, Robert SPAEMANN, “¿Es todo ser humano una persona?”, p. 14; Robert SPAEMANN, “La naturaleza como instancia de apelación moral”, pp. 362-363; Robert SPAEMANN, “Sobre el concepto de dignidad humana”, p. 98.

<sup>67</sup> Álvaro PAUL DIAZ, “La Corte Interamericana *in vitro*...”, *op. cit.*, pp. 303-304.

<sup>68</sup> En otro lugar agrega: “Por tanto, la Corte concluye que la interpretación histórica y sistemática de los antecedentes existentes en el Sistema Interamericano, confirma que

La anterior conclusión no deja de ser sorprendente, si se toma en cuenta el papel esencial que la Corte ha asignado tradicionalmente al derecho a la vida<sup>69</sup>.

Para fundamentar esta sorprendente conclusión, señala que pese a que hasta el momento no estaría claro cuándo comienza la vida, razón por la cual no pretende optar por alguna de las corrientes en disputa a este respecto (párr. 185)<sup>70</sup>, considera que cuando la Convención Americana alude a “concepción”<sup>71</sup>, se está refiriendo en realidad, en virtud de una

---

no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión” (párr. 223). Argumentos parecidos en párr. 315.

El voto disidente del juez Eduardo VIO GROSSI critica esta conclusión: “Como conclusión y aunque parezca obvio, se puede afirmar que el artículo 4.1 de la Convención constata o consagra el derecho ‘toda persona’ o ‘ser humano’, sin distinción alguna y que, además, ya existe, a que se le respete ‘su’ vida. Es decir, toda la citada disposición, todas sus frases, así como, por lo demás, toda la Convención, conciernen solamente a la ‘persona’ o ‘ser humano’, esto es, exclusivamente a sus derechos y no a otros intereses o entidades” (pp. 5-6). Por eso “La disposición da por supuesto que, en consecuencia, que el titular del derecho consistente cuya vida debe respetarse, preexiste en tanto tal” (p. 5). “El bien jurídico protegido es, entonces y en última instancia, el derecho a la vida de ‘toda persona’ y es por ello que en la Convención se optó por no dejar margen de duda alguna respecto de que lo que se protege con el citado artículo 4.1 era fundamental ella, cualquiera fuese la etapa en que se encontrare” (p. 8).

<sup>69</sup> Como expone en este mismo fallo: “la Corte ha señalado que el derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce pleno es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. En virtud de este papel fundamental que se le asigna en la Convención, los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho. Asimismo, la Corte ha señalado que el derecho a la vida presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa) y que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva) de todos quienes se encuentren bajo su jurisdicción. Ello incluye adoptar las medidas necesarias para crear un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida y salvaguardar el derecho a que no se impida el acceso a las condiciones que garanticen una vida digna” (párr. 172).

De hecho, en su voto disidente, el juez VIO GROSSI cita 12 fallos de la Corte en que se señala que este derecho es fundamental, siendo su goce un prerequisite para el disfrute de los demás derechos, que no tendrían sentido sin el primero. Todo esto impide a su juicio, interpretar cualquier límite a este derecho de forma restrictiva (pp. 10-11). De ahí que “con la Sentencia se produce, empero, un notable cambio o quiebre con la recién indicada jurisprudencia” (p. 12).

<sup>70</sup> “Por otra parte, respecto a la controversia de cuándo empieza la vida humana, la Corte considera que se trata de una cuestión valorada de diversas formas desde una perspectiva biológica, médica, ética, moral, filosófica y religiosa, y coincide con tribunales internacionales y nacionales, en el sentido que no existe una definición consensuada sobre el inicio de la vida” (párr. 185).

<sup>71</sup> Entendemos por “concepción” en igual sentido que el juez VIO GROSSI: como sinónimo de fecundar (unir el espermatozoide y el óvulo), como por lo demás se entiende



interpretación evolutiva (párr. 245-256)<sup>72</sup>, histórica (al analizar los trabajos preparatorios del sistema interamericano en los párr. 194-221)<sup>73</sup>, de carácter sistemática (párr. 191-192 y 222-244)<sup>74</sup>, y de acuerdo al principio de la

---

también hoy en día (pp. 8-9): “De suerte, entonces, que el término ‘concepción’ empleado por el artículo 4.1 de la Convención jurídicamente debería ser interpretado, más allá de cualquier otra consideración, como la fecundación del óvulo por el espermatozoide. Eso fue y no otra cosa, en lo que se convino en 1969, al suscribirse la Convención y ese es todavía jurídicamente el sentido de tal término” (p. 9).

<sup>72</sup> Ello, pues la Corte considera que los tratados son “instrumentos vivos” (párr. 245), razón por la cual “la Corte observa que las tendencias de regulación en el derecho internacional no llevan a la conclusión que el embrión sea tratado de manera igual a una persona o que tenga un derecho a la vida” (párr. 253). Además, si se mira la actuación de los mismos países, “en el marco de la práctica de la mayoría de los Estados Parte en la Convención, se ha interpretado que la Convención permite la práctica de la FIV. El Tribunal considera que estas prácticas de los Estados se relacionan con la manera en que interpretan los alcances del artículo 4 de la Convención, pues ninguno de dichos Estados ha considerado que la protección al embrión deba ser de tal magnitud que no se permitan las técnicas de reproducción asistida o, particularmente, la FIV” (párr. 256).

<sup>73</sup> El fallo indaga en los trabajos preparatorios tanto de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948 (párr. 194-200), como de la Convención Americana, de 1969 (párr. 201-221). En ellos se constata la intención de algunos países de proteger la vida del no nacido desde el inicio (párr. 213-218) y la introducción de la frase “y, en general” en el art. 4.1 de la Convención (párr. 201-212). Además, “La Corte observa que durante los trabajos preparatorios se utilizaron los términos ‘persona’ y ‘ser humano’ sin la intención de hacer una diferencia entre estas dos expresiones. El artículo 1.2 de la Convención precisó que los dos términos deben entenderse como sinónimos” (párr. 219). También es importante recalcar que en definitiva no prosperó la iniciativa presentada por algunos Estados de eliminar las palabras ‘en general’ ni ‘concepción’ (párr. 221).

VIO GROSSI señala que el hecho que haya quedado la expresión, pese a la oposición de 3 países, demuestra que “es a todas luces evidente que se quiso ampliar o no dejar lugar a duda alguna de que la protección que por ley se debe dar al derecho de toda persona a que se respete su vida, lo debe ser aun cuando se encuentre como concebido o no haya nacido aún” (p. 7).

<sup>74</sup> Dentro de esta interpretación ‘sistemática’ de la Convención Americana (prologada en los párr. 222-223) se abordan: *a)* el Sistema Universal del Derechos Humanos, que comprende la Declaración Universal de Derechos Humanos (párr. 224), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (párr. 225-226), la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (párr. 227-228) y la Convención de los Derechos del Niño (párr. 229-233); *b)* el Sistema Europeo de Derechos Humanos (párr. 234-242); y *c)* el Sistema Africano de Derechos Humanos (párr. 243).

Con todo, no deja de ser interesante la crítica del juez VIO GROSSI en cuanto a acudir a otros instrumentos para interpretar la Convención Americana: “Empero, tales acuerdos e instrumentos no revisten las características para ser considerados como instrumentos o acuerdos celebrados con ocasión o en relación con la Convención y, por ende, que puedan ser tenidos en cuenta para la interpretación de ésta. Tampoco hacen, en rigor, referencia a la práctica ulteriormente seguida por los Estados Partes de la Convención en la aplicación de ésta por la cual conste el acuerdo de ellos acerca de su interpretación” (pp. 16-17). Además, tampoco son una norma consuetudinaria, sin perjuicio que la Convención

interpretación más favorable al objeto y fin del tratado (párr. 257-263), no a fertilización o fecundación, sino a “implantación” (párr. 179-183):

“Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas disponibles<sup>75</sup>, la Corte concluyó que la ‘concepción’ en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención” (párr. 264).

Para la Corte, es con motivo de la FIV que se introduce el concepto de “implantación” y

“Por tal razón, la definición de ‘concepción’ que tenían los redactores de la Convención Americana ha cambiado” (párr. 179).

De ahí que entienda que concebir sea sinónimo de implantar, siguiendo las declaraciones del perito Zegers: “la concepción o gestación es un evento de la mujer, no del embrión”, que sólo puede probarse luego de la implantación (párr. 181), aunque reconoce que las partes difieren en cuanto

“al momento en que se considera que el embrión ha alcanzado un grado de madurez tal como para ser considerado ‘ser humano’. Algunas posturas indican que el inicio de la vida comienza con la fecundación, reconociendo al cigoto como la primera manifestación corporal del continuo proceso

---

Americana es una regla especial que debiera primar sobre otros tratados universales (p. 17). Otras consideraciones en pp. 9 y 19.

<sup>75</sup> Debe advertirse que respecto a las “bases científicas disponibles” a las que se refiere, ellas se basan fundamentalmente en los informes de ciertos peritos: “En cuanto a la prueba rendida en audiencia pública, la Corte escuchó las declaraciones [...] de los peritos Fernando Zegers, Anthony Caruso, Paola Bergallo y Marco Gerardo Monroy Cabra” (párr. 43). Sin embargo, debe dejarse constancia que de lejos, el perito más nombrado es Fernando Zegers, con cerca de 40 menciones, en los siguientes párrafos: 62 (n. 56-58); 63 (n. 59-61); 64 (n. 63 y 65); 65 (n. 66 a 68); 66 (n. 69 a 73); 67 (n. 74); 159 (n. 257); 179 (n. 265); 180 (n. 267); 181 (y también en n. 273); 183 (n.277); 187 (n. 285); 255 (n. 401 y 414); 288; 308 (y también en n. 480 y 481); 309; 310 (n. 484) y 311. Cabe hacer presente además, que de los lugares antes señalados, la opinión de este perito es la única fuente a la que se acude en las n. 57 a 61, 66 a 74, 257, 265, 267, 273, 277, 285, 401, 414, 480, 481 y 484. Por su parte, el perito Anthony Caruso es nombrado 9 veces, en los párr. 64 (n. 63 y 64); 184 (y también en nota 282); 289 (y también en nota 452); 308 y 309 (y en n. 483). La perito Paola Bergallo es mencionada solo en la nota 271 del párr. 181. Por último, el perito Marco Gerardo Monroy Cabra es nombrado únicamente en el párr. 182 (y en la n. 274 del mismo párrafo).

Debe agregarse, además, que “el Tribunal recibió 49 escritos en calidad de *amicus curiae*” (párr. 13), los cuales apenas son mencionados en la sentencia.

del desarrollo humano, mientras que otras consideran que el punto de partida del desarrollo del embrión y entonces de su vida humana es su implantación en el útero donde tiene la capacidad de sumar su potencial genético con el potencial materno” (párr. 183).

Con todo, si este tribunal señala:

- a) que se pretende interpretar el sentido y alcance del art. 4.1 (párr. 173);
- b) que se señale que al momento de aprobarse la Convención Americana de Derechos Humanos no solo no existía la fecundación *in vitro*, sino que nadie se imaginaba que ella pudiera ser posible (párr. 246 y 179)<sup>76</sup>;
- c) que gracias a este procedimiento se introduce un concepto nuevo, el de “implantación”; y
- d) que con motivo de un acontecimiento científico como este, que nadie tenía en mente en 1969, “la definición de ‘concepción’ que tenían los redactores de la Convención Americana ha cambiado” (párr. 179), ¿cómo puede cambiar un concepto por otro que nadie ha tenido en mente y ni siquiera previsto al fijar el sentido del primero?

Por muy “evolutiva” que se pretenda la interpretación que se defiende aquí, lo menos que puede decirse es que existe un salto lógico en el razonamiento planteado, pues por mucho que la introducción de la FIV haya producido la discusión científica en esta materia (párr. 179), puede eventualmente haber cambiado la postura de algunos de quienes participan en este debate, mas no la de los redactores de la Convención Americana ni de su texto.

Lo anterior resulta más llamativo todavía, si se recuerda que los párr. 174 al 190 se ubican dentro del epígrafe VIII C.1) “Interpretación conforme al sentido corriente de los términos”. De esta manera, parece impropio acudir a argumentos científicos (como hace en los párr. 179-187, por ejemplo) para dirimir el significado “corriente” de un concepto cualquiera<sup>77</sup>.

<sup>76</sup> “En el presente caso, la interpretación evolutiva es de especial relevancia, teniendo en cuenta que la FIV es un procedimiento que no existía al momento en el que los redactores de la Convención adoptaron el contenido del artículo 4.1 de la Convención” (supra párr. 179) (párr. 246). “Antes de la FIV no se contemplaba científicamente la posibilidad de realizar fertilizaciones fuera del cuerpo de la mujer” (párr. 179). La primera FIV se realizó en 1978 (párr. 66).

<sup>77</sup> Como por lo demás, señala VIO GROSSI: “De los autos y demás antecedentes se desprende que, al suscribirse la Convención, no se determinó lo que debía entenderse por ‘concepción’ y que tampoco se ha hecho después. Por otra parte, la Convención tampoco le concedió a esa palabra ‘un sentido especial’ y, en particular, no hizo remisión a cómo

El sentido corriente del término debiera buscarse en el *Diccionario de la Real Academia Española*, como efectivamente hace la sentencia:

“Por su parte, el perito Zegers señaló que cuando se firmó la Convención Americana en 1969, la Real Academia de la Lengua Española definía ‘concepción’ como ‘acción y efecto de concebir’, ‘concebir’ como ‘quedar preñada la hembra’ y ‘fecundar’ como ‘unirse el elemento reproductor masculino al femenino para dar origen a un nuevo ser’” (párr. 181)<sup>78</sup>.

Debe hacerse presente que en este párrafo se acude a argumentos científicos y de sentido corriente, pasando de unos a otros sin solución de continuidad.

De hecho, esta mezcla de razonamientos científicos y de sentido corriente se manifiesta porque posteriormente, luego de haber desarrollado los argumentos científicos ya vistos, concluye:

“Asimismo, ya fue señalado que, al momento de redactarse el artículo 4 de la Convención Americana, el diccionario de la Real Academia diferenciaba entre el momento de la fecundación y el momento de la concepción, entendiendo concepción como implantación” (supra párr. 181).

Al establecerse lo pertinente en la Convención Americana no se hizo mención al momento de la fecundación (párr. 187).

Mas, si el concepto de “implantación” no existía en 1969, ¿cómo puede decirse que la Real Academia de la época entendía concepción como implantación?

Ahora bien, la Corte considera fundamental la implantación porque a su juicio, únicamente gracias a ella es posible saber si la mujer está embarazada (párr. 187, 181 y en parte 65)<sup>79</sup>.

---

se entendiera según la ciencia médica. La regla aplicable en la especie es, sin duda la del ‘sentido corriente’ de dicho término y particularmente al existente al momento de la suscripción de la Convención en 1969” (p. 8).

<sup>78</sup> VIO GROSSI, comentando esto, agrega otras definiciones de la Real Academia: “el término ‘concepción’ se entendía como la ‘acción y efecto de concebir’; el de ‘concebir’ como ‘quedar preñada la hembra’; el de ‘preñada’ como ‘dícese de la mujer y de la hembra de cualquier especie, que ha concebido y tiene el feto o la criatura en el vientre’; *el de* ‘preñar’ como ‘empreñar’; el de ‘empreñar’ como ‘hacer concebir a la hembra’; y el de ‘fecundar’ como ‘unirse el elemento reproductor masculino al femenino para dar origen a un nuevo ser’” (p. 8). Y luego agrega: “Y casi coetáneamente con la suscripción de la Convención, esto es, en la versión de 1970 del mencionado Diccionario, el término ‘preñar’ fue entendido como ‘empreñar, fecundar o hacer concebir a la mujer’. Es de advertir que este significado es recogido en la actualidad” (pp. 8-9).

<sup>79</sup> Como señala el perito Zegers: “una mujer ha concebido cuando el embrión se ha implantado en su útero [...]. [L]a palabra concepción hace referencia explícita a la preñez

Sin embargo, a nuestro juicio, lo verdaderamente importante en todo esto no es cuándo comienza el embarazo, sino cuándo se inicia la *vida*. De hecho, el embarazo viene a ser el escenario o hábitat natural para su desarrollo, no lo principal, y que además, supone la previa existencia de esa vida para comenzar a operar como tal. Por eso parece forzado que la Corte señale que “la concepción o gestación un evento de la mujer, no del embrión” (párr. 181), pues resulta evidente que el más afectado por dicha concepción, de lejos, es el mismo embrión, que comienza su existencia (como se prueba, por lo demás, en una *fecundación in vitro*), todo lo cual permite posteriormente su implantación. Además, y por simple lógica, sin concepción o fecundación no puede haber anidación<sup>80</sup>.

---

o gestación[, que] comienza con la implantación del embrión[,] [...] ya que *la concepción o gestación es un evento de la mujer, no del embrión*. Sólo hay evidencias de la presencia de un embrión cuando éste se ha unido celularmente a la mujer y las señales químicas de este evento pueden ser identificadas en los fluidos de la mujer. Esta señal corresponde a una hormona llamada Gonadotropina Coriónica y *lo más precoz que puede ser detectada es 7 días después de la fecundación, con el embrión ya implantado en el endometrio*” (párr. 181, negrillas y subrayado en el original, se han cambiado por cursivas). “En este sentido, la Corte entiende que el término “concepción” no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede. Prueba de lo anterior, es que sólo es posible establecer si se ha producido o no un embarazo una vez se ha implantado el óvulo fecundado en el útero, al producirse la hormona denominada ‘Gonadotropina Coriónica’, que sólo es detectable en la mujer que tiene un embrión unido a ella. Antes de esto es imposible determinar si en el interior del cuerpo ocurrió la unión entre el óvulo y un espermatozoide y si esta unión se perdió antes de la implantación. Asimismo, ya fue señalado que, al momento de redactarse el artículo 4 de la Convención Americana, el diccionario de la Real Academia diferenciaba entre el momento de la fecundación y el momento de la concepción, entendiendo concepción como implantación” (supra párr. 181). Al establecerse lo pertinente en la Convención Americana no se hizo mención al momento de la fecundación” (párr. 187).

<sup>80</sup> De hecho, la propia Corte lo dice (aunque llegue a otras conclusiones): “Teniendo en cuenta la prueba científica presentada por las partes en el presente caso, el Tribunal constata que, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un ‘ser humano’, lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo” (párr. 186). Y luego agrega: “En este sentido, la Corte entiende que el término ‘concepción’ no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede” (párr. 187). Ahora bien, si el embrión necesita de la implantación para “desarrollarse” (párr. 186) o para “sobrevivir” (párr. 187), quiere decir, evidentemente, que ya está “vivo” antes de ella. Pero además, la Corte justifica su no consideración del embrión no implantado como titular del derecho a la vida, acudiendo al “embarazo” de la mujer –y no del hecho de estar él mismo vivo–, que viene a ser su hábitat común desde la concepción o fecundación, salvo en una fecundación *in vitro*.

En realidad, la postura de la Corte en favor de la implantación ya venía siendo anunciada, entre otros, en los párr. 180, 186-187 y 189<sup>81</sup>, lo que como se sabe, ocurre varios días luego de lo que suele generalmente entenderse por “concepción” (es decir, “fecundación”, “fertilización”). Con lo cual, además de forzar los términos (sin perjuicio, como se ha dicho, que es imposible que los estados firmantes estuvieran pensando en la “implantación” o “anidación” cuando hablaban de “concepción” en 1969<sup>82</sup>), en el fondo, y contrariamente a lo que dice (párr. 185), está *optando* por una de las visiones a este respecto<sup>83</sup>, y pretende imponerla a quienes piensan distinto.

Además, en su argumentación, la Corte no está aplicando el principio *pro homine* para el *nasciturus*. De hacerlo, debiera escoger la interpretación que más lo favorezca, que es aquella que le exige menos requisitos para ser protegido. Y resulta evidente que conlleva menos requisitos exigir que se produzca la concepción (o fecundación) a que junto a ella deba acontecer la implantación (que viene a ser un concepto ampliado de “concepción” para este tribunal).

---

<sup>81</sup> Ello, porque si bien señala que algunos entienden ‘concepción’ como la unión de los gametos y otros como implantación (párr. 180), “la Corte resalta que la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. El Tribunal observa que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción. Teniendo en cuenta la prueba científica presentada por las partes en el presente caso, el Tribunal constata que, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un ‘ser humano’, lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo (supra párr. 180)” (párr. 186). De ahí que “Antes de esto es imposible determinar si en el interior del cuerpo ocurrió la unión entre el óvulo y un espermatozoide y si esta unión se perdió antes de la implantación” (párr. 187). En consecuencia, puesto que para ella concepción equivale a implantación, antes de esta última no corresponde aplicar el art. 4 (párr. 189).

<sup>82</sup> Como lo señala acertadamente la *Declaración de Guanajuato, op. cit.*, punto III.

<sup>83</sup> “Sin embargo, para la Corte es claro que hay concepciones que ven en los óvulos fecundados una vida humana plena. Algunos de estos planteamientos pueden ser asociados a concepciones que le confieren ciertos atributos metafísicos a los embriones. Estas concepciones no pueden justificar que se otorgue prevalencia a cierto tipo de literatura científica al momento de interpretar el alcance del derecho a la vida consagrado en la Convención Americana, pues ello implicaría imponer un tipo de creencias específicas a otras personas que no las comparten” (párr. 185).

Esta opción es puesta de relieve por el voto disidente del juez VIO GROSSI: la Corte opta por una de las posturas en pugna: aquella que exige fecundación e implantación, ambas como parte de la ‘concepción’, en desmedro de la que solo exige la fecundación, “sin analizar los argumentos de las otras y, particularmente, de aquella que considera que ‘[l]a vida humana inicia en la fusión espermatozoide-ovulo, un ‘momento de concepción’ observable’, *descartándola sin más*” (p. 14).

Como se ha dicho, la Corte justifica su argumento señalando que la concepción sólo podría comprobarse gracias a la implantación (párr. 187)<sup>84</sup>. Con todo, este argumento parece insostenible, toda vez que en una fecundación *in vitro* se producen precisamente, embriones concebidos pero no anidados (y que claramente están “vivos”), lo que la Corte reconoce<sup>85</sup>; y es completamente obvio que debe tenerse total certeza sobre cuándo se ha producido la concepción –contrariamente a lo señalado por la Corte–, ya que en caso opuesto, no podría realizarse el diagnóstico pre-implantatorio e introducirse los embriones seleccionados en el cuerpo de la madre gestacional. De ser cierto lo señalado por este tribunal, incluso podrían transferirse al cuerpo de la mujer ovocitos sin fecundar, porque en el fondo, los médicos estarían actuando a ciegas.

Lo anterior no solo significa que existiría una completa indefensión del ser humano desde el momento de la unión de los gametos hasta su efectiva anidación o implantación en las paredes del útero, sino que además –siguiendo con esta interpretación “evolutiva”–, la Corte estima que la protección del no nacido es gradual o incremental (párr. 256, 264 y 315<sup>86</sup>),

<sup>84</sup> Véanse n. 79 a 81, que aluden al párr. 187.

<sup>85</sup> Como señala la misma Corte: “Por su parte, la FIV es ‘un procedimiento en el cual los óvulos de una mujer son removidos de sus ovarios, ellos son entonces fertilizados con esperma en un procedimiento de laboratorio, una vez concluido esto el óvulo fertilizado (embrión) es devuelto al útero de la mujer’. Esta técnica se aplica cuando la infertilidad se debe a la ausencia o bloqueo de las trompas de Falopio de la mujer, es decir, cuando un óvulo no puede pasar hacia las trompas de Falopio para ser fertilizado y posteriormente implantado en el útero, o en casos donde la infertilidad recae en la pareja de sexo masculino, así como en los casos en que la causa de la infertilidad es desconocida. Las fases que se siguen durante la FIV son las siguientes: i) inducción a la ovulación; ii) aspiración de los óvulos contenidos en los ovarios; iii) inseminación de óvulos con espermatozoides; iv) observación del proceso de fecundación e incubación de los embriones, y v) transferencia embrionaria al útero materno” (párr. 64). “Sobre el desarrollo embrionario en la FIV, existen cinco etapas de dicho desarrollo que duran en total cinco días. En primer lugar, se seleccionan los óvulos maduros, los cuales son fecundados, por lo que se da paso al desarrollo del cigoto. En las primeras 26 horas de desarrollo el cigoto se divide en dos células, las cuales posteriormente se dividen en cuatro células en el día dos, y finalmente se vuelve a dividir para formar ocho células en el día tres. En el día cuatro, se habla de Mórula y del día cuatro al día cinco, el embrión llega a su estado de Blastocisto. Los embriones pueden permanecer en cultivo hasta cinco días antes de ser transferidos al útero de la mujer. Por lo tanto, el embrión puede ser transferido desde el día dos y hasta el día cinco. Dependiendo de la caracterización morfológica y dinámica de la división celular, se toma la decisión respecto de cuando transferir el embrión. La transferencia embrionaria puede ser directamente al útero o a las trompas de Falopio. A los 12 días de la transferencia embrionaria, se sabe si la mujer quedó embarazada a través de marcadores” (párr. 65). Debe hacerse presente que casi la totalidad de lo expresado en estos dos párrafos corresponde a declaraciones del perito Zegers.

<sup>86</sup> La práctica de la FIV en diferentes países sería la mayor prueba de su licitud, y que los Estados no consideran que se esté violando el art. 4.1 de la Convención, razón por la cual

esto es, que se va fortaleciendo a medida que crece, conclusión que apoya, curiosamente, en el mismo art. 4.1, cuando señala que el respeto del derecho a la vida del no nacido se debe proteger “en general” (párr. 256 y 264)<sup>87</sup>.

Es en virtud de todo lo dicho que la Corte Interamericana concluye que el derecho a la vida del no nacido no sería absoluto (párr. 258-259)<sup>88</sup>, e incluso llega a considerar que su protección se basaría fundamentalmente en un mero interés subjetivo (párr. 260)<sup>89</sup> y por tanto –podemos agregar–, no oponible a otros que piensen distinto<sup>90</sup>.

---

“En ese sentido, dicha práctica generalizada está asociada al principio de protección gradual e incremental -y no absoluta- de la vida prenatal y a la conclusión de que el embrión no puede ser entendido como persona” (párr. 256). “Además, es posible concluir de las palabras ‘en general’ que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general” (párr. 264). Por eso concluye que “el impacto en la protección del embrión es muy leve, dado que la pérdida embrionaria se presenta tanto en la FIV como en el embarazo natural. La Corte resalta que el embrión, antes de la implantación no está comprendido en los términos del artículo 4 de la Convención y recuerda el principio de protección gradual e incremental de la vida prenatal (supra párr. 264)” (párr. 315).

<sup>87</sup> Si bien no referido a este fallo, Álvaro PAÚL DÍAZ, “Estatus del no nacido...”, *op. cit.*, pp. 77-82; sobre la expresión “en general”, *op. cit.*, pp. 93-103. VIO GROSSI también es de la opinión contraria a la de la Corte: “la expresión ‘y en general’ no alude a una excepción, a una exclusión, es, por el contrario, inclusiva, hace aplicable la obligación de proteger por ley el derecho de toda persona a que se respete su vida desde la concepción” (p. 8).

<sup>88</sup> “Los antecedentes que se han analizado hasta el momento permiten inferir que la finalidad del artículo 4.1 de la Convención es la de salvaguardar el derecho a la vida sin que ello implique la negación de otros derechos que protege la Convención. En ese sentido, la cláusula ‘en general’ tiene como objeto y fin el permitir que, ante un conflicto de derechos, sea posible invocar excepciones a la protección del derecho a la vida desde la concepción. En otras palabras, el objeto y fin del artículo 4.1 de la Convención es que no se entienda el derecho a la vida como un derecho absoluto, cuya alegada protección pueda justificar la negación total de otros derechos” (párr. 258). No cabría, pues, una tutela absoluta del derecho a la vida del no nacido: “Por el contrario, esta visión niega la existencia de derechos que pueden ser objeto de restricciones desproporcionadas bajo una defensa de la protección absoluta del derecho a la vida, lo cual sería contrario a la tutela de los derechos humanos, aspecto que constituye el objeto y fin del tratado. Es decir, en aplicación del principio de interpretación más favorable, la alegada ‘protección más amplia’ en el ámbito interno no puede permitir, ni justificar la supresión del goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella” (párr. 259).

<sup>89</sup> “A continuación se hace una alusión a algunos ejemplos jurisprudenciales en los que se reconoce un legítimo interés en proteger la vida prenatal, pero donde se diferencia dicho interés de la titularidad del derecho a la vida, recalcando que todo intento por proteger dicho interés debe ser armonizado con los derechos fundamentales de otras personas, especialmente de la madre” (párr. 260).

<sup>90</sup> Una crítica similar, si bien no referida al presente caso, en Álvaro PAÚL DÍAZ, “Estatus del no nacido...”, *op. cit.*, p. 70.



Además, estima que la verdadera protección al *nasciturus* va de la mano y es una consecuencia de la protección de la mujer embarazada (párr. 222)<sup>91</sup>. Es decir, la escasa tutela que posee el primero dependería de la protección que se otorgue a la segunda, por lo que no sólo se trataría de una pseudoprotección, sino además, indirecta, todo lo cual no hace sino reforzar la consideración del no nacido como no-persona por parte de este tribunal<sup>92</sup>.

Es por todo lo anterior que para ella, este *pseudoderecho* a la vida del no nacido debe ceder ante otras situaciones que afectan a los ya nacidos (párr. 259)<sup>93</sup>, eventos a los que sí considera auténticos derechos. De ahí que la protección al *nasciturus* debiera ser excepcional: al ser su “derecho” a la vida no absoluto, no podría limitar otros “verdaderos” derechos, lo que desarrolla, entre otras partes, en los párr. 280-283 y 288-293<sup>94</sup>.

Todo lo dicho demuestra, como se señalaba, que para este tribunal, el no nacido ha dejado de ser una persona y que con su veredicto, se ha establecido, contra la letra expresa de la Convención Americana, un nuevo estatuto para estos seres humanos<sup>95</sup>.

Es por eso que ante el problema planteado por la pérdida embrionaria como consecuencia de la realización de fecundaciones *in vitro* (que era uno de los principales argumentos esgrimidos por la Corte Suprema de

---

<sup>91</sup> “La expresión ‘toda persona’ es utilizada en numerosos artículos de la Convención Americana y de la Declaración Americana. Al analizar todos estos artículos no es factible sostener que un embrión sea titular y ejerza los derechos consagrados en cada uno de dichos artículos. Asimismo, teniendo en cuenta lo ya señalado en el sentido que la concepción sólo ocurre dentro del cuerpo de la mujer (supra párrs. 186 y 187), se puede concluir respecto al artículo 4.1 de la Convención que el objeto directo de protección es fundamentalmente la mujer embarazada, dado que la defensa del no nacido se realiza esencialmente a través de la protección de la mujer, como se desprende del artículo 15.3.a) del Protocolo de San Salvador, que obliga a los Estados Parte a ‘conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto’, y del artículo VII de la Declaración Americana, que consagra el derecho de una mujer en estado de gravidez a protección, cuidados y ayudas especiales” (párr. 222).

<sup>92</sup> En buena medida, la Corte parece llegar a esta conclusión del párr. 222 (“Al analizar todos estos artículos no es factible sostener que un embrión sea titular y ejerza los derechos consagrados en cada uno de dichos artículos”), debido a la falta de capacidad de ejercicio del no nacido. Critica esta interpretación VIO GROSSI (pp. 17-18).

<sup>93</sup> Ver n. 88, en que se cita el párr. 259.

<sup>94</sup> Ello en atención a que algunos de los requirentes tuvieron que soportar cargas adicionales al verse obligados a viajar al extranjero para realizar una FIV (párr. 280), por haberse afectado la autonomía individual y el proyecto de vida (párr. 281), la integridad psicológica, al impedir la libertad reproductiva (párr. 282), una intromisión en vida privada (párr. 283) y una discriminación por infertilidad (párr. 288-293).

<sup>95</sup> Alude a esto el juez VIO GROSSI, ya que a su juicio, aquí es “donde está en juego nada menos lo que se entiende por ‘derecho a la vida y cuándo esta última comienza” (p. 22).

Costa Rica para su prohibición), este tribunal internacional estimó que si solo se pierden aquellos embriones que no logran implantarse en el cuerpo gestacional luego de la transferencia (y no por otras causas, como por ejemplo, el congelamiento), no se la puede considerar una pérdida “irresponsable”, entre otras cosas, porque también se pierden en los embarazos naturales, aunque las proporciones en uno y otro caso varíen de acuerdo a los peritajes tenidos a la vista (párr. 306-308). Por eso

“Para el Tribunal es suficiente constatar que la prueba obrante en el expediente es concordante en señalar que tanto en el embarazo natural como en el marco de la FIV existe pérdida de embriones” (párr. 309).

Además, dicha pérdida no resultaría tan importante, puesto que como se ha dicho, el derecho de protección del embrión no es absoluto (párr. 310). Es esto lo que finalmente la lleva a concluir que la prohibición absoluta de la fecundación *in vitro* resulta “desproporcionada” en relación a los otros derechos en juego (párr. 311-316)<sup>96</sup>.

No obstante, no deja de ser curioso que la Corte señale en más de un sitio que debe existir un cierto “balance” entre los derechos del no nacido y los de quienes sí son considerados persona, pues si verdaderamente el *nasciturus* ha dejado de ser sujeto de derechos, no habría derechos a su respecto que balancear<sup>97</sup>.

---

<sup>96</sup> “Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte encuentra desproporcionado pretender una protección absoluta del embrión respecto a un riesgo que resulta común e inherente incluso en procesos donde no interviene la técnica de la FIV. El Tribunal comparte el concepto del perito Zegers-Hochschild, según el cual ‘[e]s fundamental desde una perspectiva biomédica diferenciar lo que significa proteger el derecho a la vida de lo que significa garantizar el derecho a la vida de estructuras celulares que se rigen por una matemática y una biología que trasciende cualesquier regulación social o jurídica. Lo que corresponde a las instituciones responsables de las [técnicas de reproducción asistida], es proveer a las estructuras celulares (gametos y embriones) de las mejores condiciones con que cuenta el conocimiento médico y científico para que la potencialidad de ser persona, pueda expresarse al nacer [...]’. El Tribunal reitera que, precisamente, uno de los objetivos de la FIV es contribuir con la creación de vida (supra párr. 66)” (párr. 311).

Otro lugar en que habla de esta “desproporción” es el siguiente: “el Tribunal estima pertinente exponer la forma en que el sacrificio de los derechos involucrados en el presente caso fue desmedido en relación con las ventajas que se aludían con la protección del embrión” (párr. 273). Por eso, en su opinión, “El Comité para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer ha señalado que cuando una ‘decisión de aplazar la intervención quirúrgica debido al embarazo estuvo influenciada por el estereotipo de que la protección del feto debe prevalecer sobre la salud de la madre’, ésta resulta discriminatoria” (párr. 297).

<sup>97</sup> “Por tanto, la Corte concluye que el objeto y fin de la cláusula ‘en general’ del artículo 4.1 de la Convención es la de permitir, según corresponda, un adecuado balance entre derechos e intereses en conflicto. En el caso que ocupa la atención de la Corte, basta señalar que dicho

Ahora bien, ante esta vulnerable situación, no es de extrañar que la existencia del *nasciturus* ceda ante otras situaciones estimadas más relevantes por este tribunal, alegadas por los requirentes: la limitante física de la infertilidad (entendida como parte de la integridad personal), la autonomía reproductiva, la vida privada y la maternidad (como parte del libre desarrollo de la personalidad) y el derecho a fundar una familia y a procrear (todo esto en las largas consideraciones de los párr. 265-317).

Finalmente, debe recordarse que además de los criterios interpretativos utilizados para llegar a estas conclusiones, dentro de la llamada “interpretación sistemática”, la Corte alude a otros tratados para fundamentarlas (son muchas, por ejemplo, párr. 224-243 y 253)<sup>98</sup> e incluso al Derecho comparado (por ejemplo, en los párr. 254-256 y 260-262). De esta manera, además del hecho de no atender a si poseen un carácter vinculante, ni a su jerarquía, se añade el problema de una posible descontextualización de los mismos. Todo esto sin perjuicio de no quedar claro el criterio de su selección, salvo la búsqueda de argumentos para su veredicto, en virtud del principio *pro homine* (obviamente, no aplicado al *nasciturus*), con todos los problemas que lo anterior trae consigo, según se ha visto.

De esta forma, la Corte alude a la Declaración Universal de Derechos Humanos (párr. 224); al sistema europeo de Derechos Humanos (párr. 234-242); al Sistema Africano (párr. 243); a otros documentos internacionales (párr. 247-253); al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (párr. 225-226, pese a que curiosamente, también prohíbe la pena de muerte para las embarazadas en su art. 6.5); a la Convención Contra la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (párr. 227-228); y la Convención de los Derechos del Niño, específicamente a sus arts. 1 y 6.1 (párr. 229-233), restando expresamente valor al párrafo 9 de su Preámbulo, que señala que

“el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento” (párr. 232)<sup>99</sup>.

---

objeto y fin implica que no pueda alegarse la protección absoluta del embrión anulando otros derechos” (párr. 363). De hecho ya había señalado anteriormente que en el derecho constitucional comparado se procura “efectuar un adecuado balance de posibles derechos en conflicto” (párr. 260), o de manera más específica, entre protección al embrión y derecho a la vida privada y a fundar una familia (párr. 274). Este argumento es criticado por el voto disidente del juez VIO GROSSI, pues se trataría de un “balance” entre un derecho (el de los requirentes) y un no-derecho (el del no nacido), pues si según la Corte el embrión no es persona, “no habría derechos que balancear, armonizar o compatibilizar” (p. 20). Para estas ideas, pp. 20-21.

<sup>98</sup> Ver n. 74, que alude a esta interpretación sistemática.

<sup>99</sup> De acuerdo a la Corte, “Ante la dificultad de encontrar una definición de ‘niño’ en el artículo 1 del Proyecto, se eliminó la referencia al nacimiento como inicio de la

Ello, sin perjuicio de hacer caso omiso al principio del *interés superior del niño* –y parece difícil que exista un interés superior a su derecho a la vida–, sin lugar a dudas, la viga maestra de este tan importante documento internacional.

#### 4. *Algunas consecuencias del fallo a la luz de los paradigmas anteriores*

Dadas las actuales características del Derecho Internacional de los Derechos Humanos mencionadas en este trabajo, las consecuencias del caso *Artavia Murillo* podrían ser mucho mayores de lo que a primera vista pudiera pensarse. Por razones de espacio, se comentarán solo cuatro. Desde luego, con todo lo dicho hasta aquí, el lector podrá arribar a varias más.

Un primer aspecto que debe mencionarse, es que fruto de las peculiares reglas de interpretación utilizadas por la Corte, en la práctica, ella ha modificado profundamente e incluso contrariado el sentido original de la Convención Americana. Además, a nuestro juicio, uno de los aspectos más graves de este asunto es la meridiana claridad de los textos del tratado a favor del *nasciturus*, como ha intentado mostrarse, lo que no le ha impedido llegar al resultado ya comentado.

Lo anterior hace vaticinar profundas modificaciones a la Convención Americana (tanto desde una perspectiva sustantiva como adjetiva), lo que implica un completo cambio de las “reglas del juego” iniciales a las que se comprometieron los Estados, según se comentaba más arriba.

Esto, sin perjuicio, en segundo lugar, del notable problema que plantea el hecho que para fundamentar sus veredictos, la Corte pueda acudir libremente a otras fuentes, no solo internacionales, sino incluso pertenecientes al derecho interno de diversos países, que pueden terminar alterando completamente lo señalado por los tratados realmente vinculantes, como de hecho ocurre aquí. Obviamente, estas fuentes no han sido reconocidas por el país condenado –las que podrían incluso afectar a todos los Estados del sistema interamericano, en virtud del efecto *erga omnes* que algunos pretenden dar a la “*res interpretata*” de las sentencias de la Corte–, con lo cual a nuestro entender, esta forma de proceder carece de legitimidad. Lo anterior, sin per-

---

niñez. Posteriormente, en el marco de las deliberaciones, Filipinas solicitó la inclusión de la expresión ‘tanto antes como después del nacimiento’ en el Preámbulo, a la cual varios Estados se opusieron. Como compromiso se acordó que se incluyera en el Preámbulo tal referencia, pero que los trabajos preparatorios dejaran claro que el Preámbulo no determinaría la interpretación del artículo 1 de la Convención” (párr. 232).

juicio de quedar completamente al arbitrio de este tribunal el mecanismo de elección de esas otras fuentes, pues por mucho que se diga que este modo de proceder se fundamenta, por ejemplo, en el principio *pro homine* o en el carácter interdependiente o sistemático de los derechos humanos, se trata de criterios tremendamente dúctiles, que no se encuentran regulados para su aplicación, y que además dependen en cada caso de lo que la Corte estime adecuado para resolver el problema que tiene enfrente, lo cual hace que no sea imposible que ante situaciones análogas proceda de forma diferente.

Todo lo anterior, sin perjuicio del hecho que se colocan al mismo nivel documentos internacionales vinculantes y no vinculantes (dando así carácter obligatorio a diversas normas de *soft law* internacional), de la diferente jerarquía de las fuentes invocadas, de su heterogéneo ámbito de aplicación y de su eventual descontextualización.

Además, este discrecional uso e interpretación de las fuentes, que la Corte vincula libremente para fundamentar su decisión, hace que tenga cada vez menos sentido la aceptación de un tratado por parte de un Estado. Ello, tanto porque su tenor literal puede ser completamente alterado por este tribunal, como también, según se ha dicho, porque bastaría con darle competencia a la Corte para quedar, por esta vía, sujeto a cualquier normativa que ella elija, con lo cual se propina un duro golpe al principio fundamental del *pacta sunt servanda*.

En suma, todo lo antes dicho hace imposible saber, a ciencia cierta, no solo a qué deben atenerse realmente los Estados, sino también la forma en que actuará la Corte de ser solicitada su intervención.

Un tercer aspecto que merece ser mencionado es que con el nuevo escenario que la Corte ha creado mediante este fallo (que establece lo que a su entender es el estatuto jurídico del no nacido), se abre un peligroso frente para él en nuestra región. Ello, porque:

- a) si se desconoce su calidad de persona (pese a ser un miembro de la especie humana);
- b) si se señala que su pseudoprotección no puede oponerse a otros derechos considerados más fuertes de los que si son estimados como personas; y
- c) que su eventual tutela se hace a través de los derechos de la madre, parece claro, pese a las meridianas intenciones en sentido contrario de la primitiva Convención, que se han echado las bases no solo para permitir el aborto en ciertos casos, sino para convertirlo en un derecho incluso absoluto de la madre<sup>100</sup>.

---

<sup>100</sup> Es lo que establece, por ejemplo el documento “El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, de fecha 3 de agosto de 2011,

Además, no pueden pasarse por alto algunos de los argumentos esgrimidos por la Corte para llegar a esta despersonificación. De este modo, además del uso abusivo del término “concepción”, al incluir dentro del mismo también la implantación del embrión (pese a que la Convención habla expresamente de concepción entendiéndola, según suele hacerse en el lenguaje común, como “fertilización”), o de la abierta discriminación a la que somete al no nacido mediante su despersonificación, pese a ser un miembro de la especie humana, no pueden dejar de mencionarse tres aspectos del fallo: el peso dado a la opinión de los diferentes peritos, los derechos que puede ejercer el no nacido, y la práctica asentada de los Estados respecto de la FIV.

Respecto del peso dado a las aportaciones de los peritos, llama poderosamente la atención el completo desequilibrio en cuanto a su valoración. De hecho, puede decirse que el veredicto final depende únicamente de lo expresado por uno de ellos, no quedando claro por qué lo se prefiere de forma tan evidente en relación a los restantes.

En cuanto a los derechos que puede ejercer el no nacido, la Corte señala que

---

surgido con motivo del sexagésimo sexto período de sesiones de la Asamblea General de la ONU, relativo a la promoción y protección de los derechos humanos. Se trata de un informe provisional no vinculante, preparado por Anand Grover, Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos, de conformidad con las resoluciones 15/22 y 6/29 del Consejo de Derechos Humanos.

Debe dejarse claro que el aborto no es un derecho. Así lo explican los *Artículos de San José*, establecidos en San José de Costa Rica, el 25 de marzo de 2011: “*Artículo 5*. No existe ningún derecho al aborto bajo el derecho internacional, ni por vía de un tratado internacional obligatorio ni bajo normas de derecho internacional común. No hay ningún tratado de las Naciones Unidas que pueda ser citado con precisión para establecer o reconocer un derecho al aborto.” “*Artículo 6*. La Comisión del CEDAW y otros cuerpos que monitorean tratados han guiado a los gobiernos a cambiar sus leyes sobre el aborto. Estos cuerpos han interpretado explícitamente o implícitamente los tratados a los cuales están sujetos como incluyentes de un derecho al aborto. [...] Los cuerpos que monitorean estos tratados no tienen autoridad, ni bajo los tratados que las crearon ni bajo el derecho internacional general, de interpretar estos tratados en maneras que creen nuevas obligaciones estatales o que alteren la esencia de los tratados. [...] En consecuencia, cualquier cuerpo que interprete un tratado de modo que incluya un derecho al aborto actúa más allá de su autoridad y contraría su mandato. Tales actos *ultra vires* no crean ninguna obligación legal para los estados partes; tampoco deberían los estados aceptarlos como una contribución a la conformación de un nuevo derecho internacional consuetudinario.” “*Artículo 7*. Las afirmaciones realizadas por agencias internacionales o actores no gubernamentales en el sentido de que el aborto es un derecho humano son falsas y deben ser rechazadas.” “No existe ninguna obligación jurídica internacional de proporcionar acceso al aborto basado en motivo alguno: salud, privacidad, autonomía sexual, no discriminación ni ningún otro motivo.”

“La expresión ‘toda persona’ es utilizada en numerosos artículos de la Convención Americana y de la Declaración Americana. Al analizar todos estos artículos no es factible sostener que un embrión sea titular y ejerza los derechos consagrados en cada uno de dichos artículos” (párr. 222).

Es decir, de acuerdo a este argumento, sería en virtud de la incapacidad absoluta del *nasciturus* para ejercer sus derechos, que podría legitimarse no solo el desconocimiento de esos derechos, sino incluso su calidad de persona, en pos de otros seres humanos que sí pueden ejercerlos. Con lo cual, no solo deja de protegerse a las personas más débiles en virtud precisamente de su debilidad (al no poder defenderse por sí mismas), sino que además se abre un peligroso frente respecto de los demás incapaces absolutos, como por ejemplo, los niños pequeños o los dementes. Dicho de otra manera, para ser “persona”, y por tanto titular de derechos, de acuerdo a este criterio, habría que estar en condiciones de demostrarlo por medio de su comportamiento<sup>101</sup>.

Finalmente, la Corte señala que la licitud de la FIV estaría probada por su tolerancia y eventual regulación por parte de los diferentes Estados, lo cual demostraría que ninguno considera al embrión verdaderamente como sujeto de derechos (párr. 256). Sin embargo, el argumento debe tomarse con suma cautela, pues en este caso, la legitimación de una situación de hecho estaría dada por la actitud de los Estados hacia la misma, incluso en este caso, contra la letra de la Convención. Mas de seguir este criterio, diversas prácticas de los países (torturas, desapariciones, censuras, etc.), podrían muy bien ser una espada de doble filo y echar por tierra varios derechos, situación que contrariamente a lo que ocurre aquí, la Corte no solo no acepta –por mucho que se trate de conductas muy frecuentes–, sino que condena severamente.

Por último, un cuarto aspecto de suma importancia que vale la pena mencionar, es que en virtud del control de convencionalidad, la “*res interpretata*” de esta sentencia tendría efectos *erga omnes* dentro del sistema interamericano, razón por la cual, si llegamos a las últimas consecuencias, cualquier normativa interna en sentido contrario, incluidas las de rango constitucional, podría ser dejada sin efecto por los jueces locales, incluso de oficio. Por tanto, si se aplicara de forma radical esta doctrina, de nada valdrían las normas domésticas que protegen al *nasciturus*, haciéndose así *tabula rasa* con ellas, lo cual no puede menos que constituir un cataclismo

---

<sup>101</sup> Es una postura similar a la de Tristram ENGELHARDT, *Los fundamentos de la Bioética*, pp. 155, 165 y 257 y 358; Peter SINGER, *Liberación animal*, pp. 54-56; Peter SINGER, *Ética práctica*, pp. 96-98 y 173-174.

para los ordenamientos jurídicos locales, según se ha mencionado. Más aún: lo anterior podría fundamentarse irónicamente, acudiendo al principio *pro homine* (invocándolo, evidentemente, solo para la madre o en favor de terceros), a fin de otorgar una mejor protección a los ya nacidos (y de llevar las cosas al límite, siempre que no sean incapaces absolutos), los únicos realmente considerados personas por este fallo, so pena de responsabilidad internacional del Estado.

Ahora bien, pese a ser una interesante herramienta, estimamos que el principio *pro homine* debe ser empleado con mucha prudencia. Por eso no nos parece razonable que este principio se use en el fondo, para excluir a ciertos miembros de la especie humana de su calidad de “*homine*”, en este caso, al quitarle al no nacido su calidad de persona. Esta es una situación vedada al intérprete y que podría traer varias y graves consecuencias en el futuro.

Es por eso que se ha mencionado más de una vez en el presente trabajo, si ha sido a esto a lo que realmente se obligaron los Estados al suscribir la Convención Americana de Derechos Humanos.

### 5. *Algunas conclusiones*

Las conclusiones de todo lo señalado hasta aquí son muchas y graves, pero por razones de espacio, sólo se dejará breve constancia de algunas de ellas.

La primera, es que pese a lo útil que en principio resulta una tutela internacional de los derechos fundamentales, actualmente estamos asistiendo a un escenario con unas reglas del juego completamente distintas a las establecidas en los orígenes de la Convención Americana de Derechos Humanos, y por lo que se ve, este proceso continuará.

Por eso, si bien resulta evidente que las realidades jurídicas no pueden permanecer estáticas, las modificaciones al actual Derecho Internacional de los Derechos Humanos a las que se ha hecho referencia, y cuya puerta de entrada han sido las reglas de interpretación que la Corte se ha dado a sí misma, están alterando profundamente la propia Convención<sup>102</sup>, incluso

---

<sup>102</sup> Una opinión similar manifiesta VIO GROSSI: “Ciertamente, los comentarios incluidos en este voto disidente se han hecho considerando, no lo que el intérprete desea, sino lo que el Derecho expresa. Igualmente, se ha tenido en cuenta que a la Corte le corresponde interpretar y aplicar la Convención y no asumir la función que le compete a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ni la función normativa, la que le corresponde a los Estados, únicos habilitados para eventualmente modificar la Convención Y, final y especialmente, se ha tenido presente que de lo que se trata es precisar lo que la



yendo contra su texto expreso, tanto desde una perspectiva sustantiva como adjetiva, de manera rápida, constante y hasta imposible de prever.

Ahora bien ¿puede una interpretación evolutiva contrariar el texto del cual depende? De ser así, como de hecho está ocurriendo, dicho tratado se convertiría en un documento sujeto a permanentes y en parte imprevisibles modificaciones, impulsadas por la voluntad unilateral de la Corte. Esto, sin perjuicio de la utilización de otros instrumentos jurídicos para fundamentar sus fallos, con todos los inconvenientes propios que ello trae consigo.

Lo anterior quiere decir, en segundo lugar, que más allá de ciertas interpretaciones extensivas que pudiera hacer (lo que no parece que ocurra en el presente fallo), la Corte Interamericana está en el fondo *creando y destruyendo derechos*. La pregunta obvia es si tiene la facultad de hacerlo, sin perjuicio del problema de la real conveniencia de este modo de proceder.

Insistimos en que lo antes dicho no significa que los Estados deban quedarse anclados en una normativa que muy bien puede volverse añeja con el correr de las décadas. Mas si se quieren modificar, en lo que corresponda, las reglas del juego (y no parece que quitarle la calidad de persona a un miembro de la especie humana sea legítimo), lo lógico sería cambiar el contenido de los tratados existentes o crear otros nuevos y contar así con la real aceptación de los Estados de esta nueva situación. Lo que no parece lógico es que estén al mismo nivel, e incluso se confundan, el texto normativo y la interpretación monopólica de la Corte, porque a la postre hace que termine primando esta última y el texto en cuestión acabe siendo casi irrelevante.

Mención aparte merece, en tercer lugar, el polémico tema del control de convencionalidad. No solo porque al no estar contemplado por ella, distorsiona completamente el espíritu inicial de la Convención Americana de Derechos Humanos, sino también porque, como se ha dicho, viene

---

voluntad de los Estados expresaron en la Convención y acuerdos y práctica posteriores, de suerte de poder exigirles aquello a lo que efectivamente se comprometieron” (pp. 1-2). “En rigor, en ello se ponen en juego no solo concepciones jurídicas, sino también filosóficas, morales, éticas, religiosas, ideológicas, científicas y de otros órdenes, todas las cuales muy legítimamente concurren, en tanto fuentes materiales del Derecho Internacional, a la formación de la correspondiente norma jurídica, la que, empero, luego solo tiene que ser interpretada acorde a las fuentes formales del Derecho Internacional” (p. 22). Por eso advierte que deben ser los Estados quienes regulen la cuestión debatida. “De no hacerlo, se corre el serio riesgo, como en alguna medida acontece en autos, no solo de que la Corte incursione en temas de esta naturaleza, los que, por lo mismo, reclaman un pronunciamiento más político, sino también que se vea obligada a asumir dicha función normativa, desnaturalizando su función jurisdiccional y afectando así el funcionamiento de todo el sistema interamericano de derechos humanos” (p. 22).

a ser un auténtico cataclismo para los ordenamientos jurídicos locales – fruto de este efecto explosivo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos–, creando así una grave falta de certeza.

Lo anterior no solo indicaría que para la Corte los ordenamientos domésticos no tendrían ninguna importancia (se ha hablado a este respecto del “principio de irrelevancia del derecho interno”<sup>103</sup>), sino además que se pretendería instaurar un *monismo jurídico total*, en que los derechos nacionales vendrían a ser simplemente obedientes aplicadores de las directivas internacionales.

Sin embargo, resulta evidente que lo anterior equivale, entre otras cosas, a la casi anulación de la autodeterminación de los pueblos, lo que podría colocar en entredicho la necesidad y utilidad de los cargos de elección popular, e incluso la misma razón de ser de la democracia.

Es por eso que a nuestro juicio, y como corolario, uno de los aspectos fundamentales a tener en cuenta es si la Corte Interamericana tiene legitimidad para autoatribuirse todas estas potestades, tanto sustantivas como adjetivas, porque parece evidente que no fueron estas las reglas del juego ni las condiciones a las que se obligaron realmente los Estados al suscribir la Convención Americana, ni tampoco al aceptar la competencia de este tribunal.

Esta situación no hace sino generar una peligrosa desconfianza en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, lo que de no enmendarse, podría llevar a su fracaso. De ahí que este importante asunto requiera de un muy amplio debate, que vaya mucho más allá del ámbito académico, como corresponde a sociedades verdaderamente democráticas.

## 6. Bibliografía

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, “Afinando las cuerdas” de la especial articulación entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Interno”, en *Estudios Constitucionales*, año 11, N° 1, Talca, 2013.

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo “El Control de Convencionalidad de los derechos. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Chile en el caso denominado Episodio Rudy Cárcamo Ruiz de 24.5.12”, en *Estudios Constitucionales*, año 10, N° 2, Talca, 2012.

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, “La Corte Suprema y la aplicación del Derecho Internacional: un proceso esperanzador”, en *Estudios Constitucionales*, año 7 (1), Talca, 2009.

---

<sup>103</sup> Si bien desde una postura crítica a este principio, Manuel NÚÑEZ POBLETE, “Sobre la declaración de inaplicabilidad...”, *op. cit.*, p. 456.

- ALBANESE, Susana, “La fórmula de la cuarta instancia”, en LexisNexis, N° 0003/001051 [fecha de consulta: 23 de junio de 2014].
- AMAYA VILLARREAL, *Álvaro Francisco*, “El principio *pro homine*: interpretación extensiva vs. el consentimiento del Estado”, en *International Law*. Revista colombiana de Derecho Internacional, Pontificia Universidad Javeriana, N° 5, 2005, Bogotá.
- ANDORNO, Roberto, *Bioética y dignidad de la persona*, Madrid, Tecnos, 1998.
- BARBOSA DELGADO, Francisco R., “El margen nacional de apreciación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: entre el estado de derecho y la sociedad democrática”, en ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea; NÚÑEZ POBLETE, Manuel (COORDS.), *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales*, México, Unam, 2012.
- BAZÁN, Víctor, “En torno al control de las inconstitucionalidades e inconveniencias omisivas”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XVI, Montevideo, 2010.
- BECCERRA RAMÍREZ, Manuel, “La jerarquía de los tratados en el orden jurídico interno. Una visión desde la perspectiva del Derecho Internacional”, en GARCÍA RAMÍREZ, Manuel; CASTAÑEDA HERNÁNDEZ, Mireya, *Recepción nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*, México, Unam/Secretaría de Relaciones Exteriores Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009.
- BENAVIDES CASALS, María Angélica, “El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos”, en *Ius et Praxis*, año 15 (1), Talca, 2009.
- BERNALES ROJAS, Gerardo, “La Imprescriptibilidad de la Acción Penal en Procesos por Violaciones a los Derechos Humanos”, en *Ius et Praxis*, año 13 (1), Talca, 2007.
- CABALLERO JUÁREZ, José Antonio, “La recepción de jurisprudencia internacional y la ejecución de fallos en tribunales nacionales. Apuntes para su estudio”, en GARCÍA RAMÍREZ, Sergio; CASTAÑEDA HERNÁNDEZ, Mireya (coords.), *Recepción nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y admisión de la competencia de la Corte Interamericana*, México, Unam/Secretaría de Relaciones Exteriores Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009.
- CABALLERO OCHOA, José Luis, “La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona (art. 1° segundo párrafo de la Constitución)”, en CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel; SALAZAR UGARTE, Pedro (Coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, Unam, 2011.
- CANÇADO TRINDADE, Antonio, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI*, 2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006.
- CARBONELL, Miguel, “Introducción general al control de convencionalidad”, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3271/11.pdf> [fecha de consulta: 14 de mayo de 2014].
- CASTILLA JUÁREZ, Karlos, “Un nuevo panorama constitucional para el derecho internacional de los derechos humanos en México”, en *Estudios Constitucionales*, año 9, (2), Talca, 2011.

- CRAWFORD James, *Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad internacional del Estado*, Madrid, Dykinson, 2004.
- DÍAZ TOLOSA, Regina Ingrid, “Aplicación judicial en Chile del ‘*ius cogens*’ como manifestación de la internacionalización del derecho interno en materia de protección de la dignidad humana”, en *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, vol. XL (1), Valparaíso, 2013.
- DÍAZ TOLOSA, Regina Ingrid, “Aplicabilidad en el ámbito interno y en tiempos de paz de las normas de *ius cogens* del Derecho Internacional Humanitario”, en *Estudios Constitucionales*, año 10 (2), Talca, 2012.
- ENGELHARDT, Tristram, *Los fundamentos de la Bioética*, Barcelona, Paidós, 1995, traducción de I. Arias, G. Hernández, y O. Domínguez.
- EVA PARADA, María José, “Chile ante el Sistema Interamericano: el caso Palamara”, en *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 2, Santiago, 2006.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los estados parte de la Convención Americana (*res interpretata*) (sobre el cumplimiento del caso *Gelman vs. Uruguay*)”, en *Estudios Constitucionales*, año 11, N° 2, Talca, 2013.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Eds.), *Derechos humanos; un nuevo modelo constitucional*, México, Unam, 2011.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; PELAYO MÖLLER, Carlos María, “La obligación de ‘respetar’ y ‘garantizar’ los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana”, en *Estudios Constitucionales*, año 10 (2), Talca, 2012.
- FIX ZAMUDIO, Héctor, “El derecho internacional de los derechos humanos en las constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en AA.VV, *Protección internacional de los derechos humanos*, disponible en [http://app.vlex.com/#vid/452375/graphical\\_version](http://app.vlex.com/#vid/452375/graphical_version) [fecha de consulta: 2 de abril de 2014], 2007.
- FRÍES MONLEÓN, Lorena, “El Instituto Nacional de Derechos Humanos en Chile y sus desafíos para avanzar hacia una visión integral en el discurso y práctica de los derechos humanos en Chile”, en *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 8, Santiago, 2012.
- GALDÁMEZ ZELADA, Liliana, “Protección de la víctima, cuatro criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: interpretación evolutiva, ampliación del concepto de víctima, daño al proyecto de vida y reparaciones”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34 (3), Santiago, 2007.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad”, en *IUS, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México*, año V, N° 28, Puebla, 2011.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en GARCÍA RAMÍREZ, Sergio; CASTAÑEDA

- HERNÁNDEZ, Mireya (Coords.), *Recepción nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y admisión de la competencia de la Corte Interamericana*, México, Unam/Secretaría de Relaciones Exteriores Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009.
- GARCÍA SAYÁN, Diego, “La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en GARCÍA RAMÍREZ, Sergio; CASTAÑEDA HERNÁNDEZ, Mireya (coords.), *Recepción nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y admisión de la competencia de la Corte Interamericana*, Unam/Secretaría de Relaciones Exteriores Corte Interamericana de Derechos Humanos, México, 2009.
- GEORGE Robert P., “La ética del embrión”, en *Moral Pública. Debates actuales*, Santiago, Instituto de Estudios de la Sociedad, 2009, traducción de Miriam Rabinovich.
- GÓMEZ ROBLEDOS, Juan Manuel, “La implementación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ámbito interno: una tarea pendiente”, en GARCÍA RAMÍREZ, Sergio; CASTAÑEDA HERNÁNDEZ, Mireya (coords.), *Recepción nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y admisión de la competencia de la Corte Interamericana*, México, Unam/Secretaría de Relaciones Exteriores Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009.
- GONZÁLEZ MORALES, Felipe, “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos: antecedentes, funciones y otros aspectos”, en *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 5, Santiago, 2009.
- HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam Lorena, “La polisemia del control de convencionalidad interno”, en *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, vol. 24, Bogotá, 2014.
- HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam Lorena, *Las fuentes formales del Derecho*, Santiago, Legal Publishing, 2009.
- HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam Lorena, “La oportunidad del control de constitucionalidad de los tratados: improcedencia del control represivo”, en *Microjuris.com* MJCHMDJ193 versión PDF [fecha de consulta: 17 de octubre de 2012].
- HITTERS, Juan Carlos, “Un avance en el control de convencionalidad. (El efecto ‘erga omnes’ de las sentencias de la Corte Interamericana)”, en *Estudios Constitucionales*, año 11, N° 2, Talca, 2013.
- HITTERS, Juan Carlos, “El control de convencionalidad y el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana”, en *Estudios Constitucionales*, año 10 (2), Talca, 2012.
- HITTERS, Juan Carlos, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, en *Estudios Constitucionales*, año 7 (2), Talca, 2009.
- IBÁÑEZ RIVAS, Juana María, “Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 8, Santiago, 2012.

- IVANSCHITZ BOURDEGUER, Bárbara, “Un estudio sobre el cumplimiento y ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por el Estado de Chile”, en *Estudios Constitucionales*, año 11, N° 1, Talca, 2013.
- MASSINI-CORREAS, Carlos Ignacio, *El derecho natural y sus dimensiones actuales*. Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1999.
- MASSINI-CORREAS, Carlos Ignacio, “El derecho a la vida en la sistemática de los derechos humanos”, en MASSINI, Carlos; SERNA, Pedro (Eds.), *El derecho a la vida*, Pamplona, Eunsa, 1998.
- MEIER GARCÍA, Eduardo, “Nacionalismo constitucional y Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en *Estudios Constitucionales*, año 9 (2), Talca, 2011.
- MÉNDEZ-SILVA, Ricardo, “Judicialización y atavismos”, en GARCÍA RAMÍREZ, Sergio; CASTAÑEDA HERNÁNDEZ, Mireya (coords.), *Recepción nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y admisión de la competencia de la Corte Interamericana*, México, Unam/Secretaría de Relaciones Exteriores Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009.
- MENA PARRAS, Francisco Javier, “La sentencia *A, B y C contra Irlanda* y la cuestión del aborto: ¿Un ‘punto de inflexión’ en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en materia de consenso y margen de apreciación nacional?”, en *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 8, Santiago, 2012.
- MOURE, Ana María, “El Defensor Interamericano y la defensa de los derechos del niño. Caso Furlán”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 40 N° 3, Santiago, 2013.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “El uso del derecho y jurisprudencia constitucional extranjera de tribunales internacionales no vinculantes por el Tribunal Constitucional chileno en el período 2006-2011”, en *Estudios Constitucionales*, año 11, N° 1, Talca, 2013.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “El uso del derecho convencional internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno en el período 2006-2010”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39 N° 1, Santiago, 2012.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para las jurisdicciones nacionales”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva serie, año XLV, N° 135, septiembrediciembre, México, 2012.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el período 2006-2011”, en *Estudios Constitucionales*, año 10, N° 2, Talca, 2012.
- NÚÑEZ POBLETE, Manuel, “Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el *thelos* constitucional de una técnica de adjudicación del Derecho Internacional de los Derechos humanos”, en ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea; NÚÑEZ POBLETE, Manuel (Coords.), *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales*, México, Unam, 2012.



- NÚÑEZ POBLETE, Manuel, "Sobre la declaración de inaplicabilidad de los tratados internacionales. Un estudio en defensa de su fundamento y legitimidad", en *Estudios Constitucionales*, año 8 (2), Talca, 2012.
- NÚÑEZ POBLETE, Manuel, "Principios metodológicos para la evaluación de los acuerdos aprobatorios de los tratados internacionales de derechos humanos y de las leyes de ejecución de obligaciones internacionales en la misma materia", en *Hemiciclo, Revista de Estudios Parlamentarios*, año 2, N° 4, Valparaíso, 2011.
- NÚÑEZ POBLETE, Manuel, "Introducción al concepto de identidad constitucional y a su función frente al derecho supranacional e internacional de los derechos de la persona", en *Ius et Praxis*, año 14 (2), Talca, 2008.
- OROZCO HENRÍQUEZ, José de Jesús, "Los derechos humanos y el nuevo artículo 1° constitucional", en *IUS, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, año v, N° 28, 2011, 2011.
- PACHECO PULIDO, Guillermo, *Control de convencionalidad. Tratados internacionales de los derechos humanos*, México, Porrúa, 2012.
- PAÚL DÍAZ, Álvaro, "La Corte Interamericana *in vitro*: notas sobre su proceso de toma de decisiones a propósito del caso *Artavia*", *Revista Derecho Público Iberoamericano*, Universidad del Desarrollo, año 1 (2) 2013, 2013.
- PAÚL DÍAZ, Álvaro, "Estatus del no nacido en la Convención Americana: un ejercicio de interpretación", en *Ius et Praxis*, año 18 (1), Talca, 2012.
- PEREYRA ZABALA, Gastón, "El control de convencionalidad en el sistema interamericano de derechos humanos", en *Revista de Derecho*, N° 6, Montevideo, 2011.
- REY MARTÍNEZ, Fernando, "¿Es el aborto un derecho en Europa? Comentario de la sentencia 'A, B y C v. Irlanda', del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en *Estudios Constitucionales*, año 9, N° 2, Talca, 2011.
- RODRÍGUEZ HUERTA, Gabriela, "Derechos humanos: jurisprudencia internacional y jueces internos", GARCÍA RAMÍREZ, Sergio; CASTAÑEDA HERNÁNDEZ, Mireya (coords.), *Recepción nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y admisión de la competencia de la Corte Interamericana*, México, Unam/Secretaría de Relaciones Exteriores Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009.
- RODRÍGUEZ MORELIÓN, María Engracia del Carmen, "La recepción de la jurisprudencia interamericana de derechos humanos", en GARCÍA RAMÍREZ, Manuel; CASTAÑEDA HERNÁNDEZ, Mireya, *Recepción nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*, México, Unam/Secretaría de Relaciones Exteriores Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, "Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica", en *Ius et Praxis*, año 9 (1), Talca, 2013.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, "Obligaciones internacionales y control de convencionalidad", en *Estudios Constitucionales*, año 8 (1), Talca, 2010.

- SAGÜES, Néstor Pedro, “El ‘Control de convencionalidad’ como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano”, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2895/15.pdf> [fecha de consulta: 26 de mayo de 2014].
- SAGÜES, Néstor Pedro, “El ‘control de convencionalidad’ en el sistema interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo”, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/16.pdf> [fecha de consulta: 27 de noviembre de 2013].
- SANTIAGO, Alfonso, “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos: posibilidades, problemas y riesgos de un nuevo paradigma jurídico”, en *Persona y Derecho*, vol. 60, Pamplona, 2009.
- SINGER, Peter, *Liberación animal*, Madrid, Trotta, 1999, traducción de Paula Casal.
- SINGER, Peter, *Ética práctica*, 2ª edición, Madrid, Akal, 2009.
- SPAEMANN, Robert, “Sobre el concepto de dignidad humana”, en MASSINI, Carlos; SERNA, Pedro (Eds.), *El derecho a la vida*, Pamplona, Eunsa, 1998.
- SPAEMANN, Robert, “¿Es todo ser humano una persona?”, en *Persona y Derecho*, vol. 37, traducción de Ezequiel Coquet, Pamplona, 1997.
- SPAEMANN, Robert, “La naturaleza como instancia de apelación moral”, en MASSINI, Carlos (comp.), *El iusnaturalismo actual*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996.
- TAPIA VALDÉS, Jorge, “Poder constituyente irregular: los límites metajurídicos del poder constituyente originario”, en *Estudios Constitucionales*, año 6 (2), Talca, 2008.
- VÁSQUEZ, Luis Daniel; SERRANO, Sandra, “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”, en CARBONELL, Miguel, SALAZAR, Pedro (coords.), *La reforma constitucional en derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, Unam, 2011.

#### SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA

- Caso Almonacid Arellano vs. Chile*, excepciones preliminares. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 26 de septiembre de 2006, Serie C, núm. 154.
- Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de noviembre de 2006, Serie C N° 158.
- Caso La Cantuta vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 29 de noviembre de 2006, Serie C N° 162.
- Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y reparaciones. Sentencia del 24 de febrero de 2011, Serie C N° 221.
- Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 noviembre de 2012, Serie C N° 257.



*Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.* Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 20 de marzo de 2013.

OTROS DOCUMENTOS INTERNACIONALES

*Declaración de Guanajuato.* Disponible en [www.declaraciondeguanajuato.org/#](http://www.declaraciondeguanajuato.org/#) [Fecha de consulta: 20 de junio de 2014].

*Artículos de San José.* Disponible en: [http://www.sanjosearticles.com/?page\\_id=204&lang=es](http://www.sanjosearticles.com/?page_id=204&lang=es) [Fecha de consulta: 20 de agosto de 2012].

*El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental,* 3 de agosto de 2011. Sexagésimo sexto período de sesiones de la Asamblea General de la ONU. Disponible en [http://www.sxpolitics.org/wp-content/uploads/2011/09/report\\_ingles\\_grover.pdf](http://www.sxpolitics.org/wp-content/uploads/2011/09/report_ingles_grover.pdf) [Fecha de consulta: 13.11.12].

## ¿ES EL DERECHO A LA EDUCACIÓN UN DERECHO JUSTICIABLE?

## IS THE RIGHT TO EDUCATION A JUSTICIABLE-RIGHT?

*Juan Andrés González Tugás\**

### *Resumen*

El trabajo analiza y sistematiza la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia que ampara “el derecho a la educación” en función de seis derechos constitucionales: 1) el derecho a la vida, 2) el derecho a un trato igual, 3) el derecho a un justo y racional procedimiento, 4) el derecho que tienen los padres a elegir la educación de sus hijos, 5) el derecho de propiedad, y 6) la libertad de adquirir el dominio de todo tipo de bienes.

Palabras clave: derecho social, derecho clásico, derecho justiciable, derecho a la educación, derecho a la vida, derecho a un trato igual, derecho a un justo procedimiento, derecho de los padres de elegir la educación de sus hijos, derecho de propiedad, libertad de adquirir el dominio de todo tipo de bienes.

### *Abstract*

The work analyzes and systematizes the case-law of the Chilean higher courts of Justice which protects the “right to education” based on six constitutional rights: 1) the right to life, 2) the right to equal treatment, 3) the right to a due process, 4) the right to have parents to choose their children’s education, 5) the right to property, and 6) the freedom to buy all kinds of goods.

Key Words: social-rights, classic-rights, justiciable-right, the right to education, the right to life, the right to equal treatment, the right to due process, the right to have parents to choose their children’s education, the right to property and the freedom to acquire ownership of all types of goods have.

---

\* Doctor en Derecho de la Universidad de los Andes. Artículo enviado el 3 de enero del 2015 y aceptado para su publicación en 4 de marzo del 2015. Correo electrónico: jagontu@gmail.com

## *Introducción*

El derecho a la educación se inserta dentro de los derechos sociales de prestación. Por tal razón no es justiciable a partir del reconocimiento constitucional que realiza el número 10 del artículo 19 de la Constitución.

No obstante, la jurisprudencia ha tutelado diversas esferas de la actividad educativa a través de la vinculación del precepto con otros derechos y libertades clásicos como son el derecho a la vida, el derecho a la igualdad y a la no discriminación, el derecho a un procedimiento justo y racional, la libertad que tienen las personas de manifestar sus creencias, el derecho que tienen los padres de elegir y educar a sus hijos, el derecho de propiedad y la libertad de adquirir el dominio de todo tipo de bienes.

Por lo anterior, es posible afirmar que lo que realmente tutelan los tribunales superiores de justicia no son derechos a prestaciones específicas, sino que más bien ellos resguardan las diversas manifestaciones de libertad que conforman la actividad educativa.

Para tal efecto el artículo distingue seis líneas jurisprudenciales sobre las cuales los tribunales han tutelado el denominado “derecho a la educación”, a saber:

- 1) el derecho a la educación y el derecho a la vida y a la integridad física,
- 2) el derecho a la educación y la igualdad ante la ley,
- 3) el derecho a la educación y el derecho a un justo y racional procedimiento,
- 4) el derecho a la educación y la libertad que tienen los padres para elegir la educación de sus hijos,
- 5) el derecho a la educación y el derecho de propiedad y
- 6) el derecho a la educación, y la libertad que tienen las personas para adquirir el dominio de todo tipo de bienes.

Al final de este trabajo se exponen cuatro conclusiones sobre la naturaleza, contenido y eficacia del derecho a la educación.

### *1) El derecho a la educación y el derecho a la vida y a la integridad física*

El N° 1 del artículo 19 de nuestra Constitución reconoce el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona. Bajo esa esfera de garantías es perfectamente posible hallar situaciones en el ámbito de la actividad educacional en las que por amenaza, menoscabo o violación

de este derecho las personas puedan recurrir jurisdiccionalmente de protección.

Ese fue el caso de un grupo de alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, que en 1987 dedujeron un recurso de protección en contra del Rector de esa casa de estudios con el fin de normalizar el período de clases interrumpido “por múltiples actos destinados a impedir, total o parcialmente, la enseñanza, los estudios, la investigación” y otras actividades propias de esa Facultad de Derecho. Con la acción pretendían además proteger su calidad de titulares del derecho de propiedad respecto de su condición de alumnos regulares, por haber aprobado los procesos de selección y celebrado un contrato de prestación de servicio educacional destinado a obtener el título de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales<sup>1</sup>.

La Corte de Apelaciones de Santiago justificó el vínculo entre educación y “el derecho a vivir en plenitud”<sup>2</sup>, recordando a la autoridad universitaria que el artículo 19 de la Constitución

“asegura, prioritariamente, el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica de la persona y a su educación”.

Por ello,

“recomienda arbitrar, oportunamente, todas las medidas que sean conducentes al pacífico y normal desenvolvimiento de las actividades universitarias de su incumbencia, la erradicación de la violencia y de la impudicia, como base actual de futura unión, progreso y solidaridad estudiantil y nacional”<sup>3</sup>.

Finalmente, la Corte Suprema estimó que los hechos denunciados constituían

“una perturbación y amenaza efectivos a la integridad física de los alumnos, con consecuencias en las esferas psíquica y espiritual de éstos, esto es, en su pleno equilibrio emocional indispensable en relación al rendimiento y logro tranquilo de las metas curriculares y programas de estudios respectivos”

todo lo cual hacía procedente que el órgano jurisdiccional llamado a resolver el recurso adoptara las medidas necesarias que permitiesen restablecer

---

<sup>1</sup> SCS Rol N° 21.856, de fecha 13 de abril de 1987 que modifica SCAA de Santiago Rol 291-86

<sup>2</sup> Considerando 3°, SCAA de Santiago Rol N° 291-86

<sup>3</sup> Considerando 14°, SCAA de Santiago Rol N° 291-86

el imperio del Derecho y asegurar la debida protección de los afectados<sup>4</sup>.

Una situación similar fue resuelta recientemente por la Corte de Apelaciones de Santiago tras conocer un recurso de protección deducido por apoderados y alumnos del Instituto Nacional en contra de estudiantes, dirigentes y líderes de ese plantel responsables de la toma y paralización de las actividades educativas. De igual forma, el recurso se interpuso en contra de la Ilustre Municipalidad de Santiago, quien, en su calidad de sostenedora, no habría ejercido sus funciones legales ni garantizado “la continuidad del servicio educacional dentro del año escolar”. A juicio de los recurrentes, la “toma” constituiría “conductas arbitrarias e ilegales que privan, perturban y amenazan el ejercicio legítimo del derecho a la vida, la libertad que poseen los padres de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos y el derecho de propiedad<sup>5</sup>.”

Luego de analizar algunos preceptos de la Ley General de Educación que regulan la participación de los alumnos al interior de los establecimientos educacionales, los deberes legales del sostenedor, el “Protocolo” de tomas firmado entre la Municipalidad y los estudiantes<sup>6</sup>, y la jurisprudencia dictada a ese efecto por los Tribunales Superiores de Justicia<sup>7</sup>, la Corte de Apelaciones de Santiago declaró la procedencia

---

<sup>4</sup> SCS Rol N° 21.856, considerando 6°. El criterio aplicado por el fallo plantea dos preguntas. En primer lugar, cómo hacer efectiva la sentencia por parte de la autoridad universitaria, en el sentido de lograr el normal funcionamiento del servicio educativo y el retorno a clases por parte de los estudiantes en paro en un contexto generalizado de protestas y movilización estudiantil. Y, en segundo lugar, qué ocurre con la libertad de expresión y el derecho a disenso que poseen los alumnos frente a la autoridad, más aún cuando la situación descrita se circunscribe a un período de gran descontento político y social, como fueron los años en los que se desenvuelve la dictadura militar.

<sup>5</sup> SCAA de Santiago, Rol N° 39022-2014, (Acum. N° 39048-14) de 18 de agosto de 2014, que acoge el recurso con voto disidente.

<sup>6</sup> SCAA de Santiago, Rol N° 39022-2014, (Acum. N° 39048-14) de 18 de agosto de 2014; Considerando 3°: “El hecho que la Municipalidad (...) haya consentido a la firma del Protocolo parte de un supuesto: la materialización de una toma que, como ya se ha explicado, no están permitidas por la legislación ni por los reglamentos señalados”

<sup>7</sup> SCAA de Santiago, Rol N° 39022-2014, (Acum. N° 39048-14) de 18 de agosto de 2014; Considerando 4°: SCS, de 8 de septiembre de 1986, *Gaceta Jurídica* N° 75, p. 31; de 7 de agosto de 1986, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 84, sec. 5°, p. 20; de 13 de abril de 1987, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 84, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 84, sec. 5°, p. 52. De igual forma el fallo se remite a jurisprudencia reciente de Corte de Apelaciones, a saber: SCAA de Arica, Rol N° 341-2011, de 4 de noviembre de 2011, considerando 8°; y SCAA de Santiago, Rol N° 30.126, de 12 de octubre de 2012, considerando 6°.

del recurso<sup>8</sup>. Al efecto, el considerando 4° reiteró la siguiente doctrina:

“[El] derecho a la integridad de las personas que consagra el artículo 19 N° 1 de la Constitución Política del Estado, resulta indudablemente amagado, toda vez que dicha garantía constitucional involucra no sólo la defensa de la integridad física, sino también la psíquica, que mediante la amenaza de palabra y de hecho, produce en el afectado, profesor o alumno que no ha adherido al paro, dolor o alteración en su personalidad que la ley protege como derecho fundamental de toda persona que habite en el territorio nacional, toda vez que la incertidumbre de poder ejercer la docencia o recibirla conlleva un deterioro psíquico por angustia o nerviosismo (Corte Suprema, Rol 12.719, 29 de junio de 1988, cons. 5°)”.

Otro caso en defensa del derecho a la vida y la integridad física acontece con *Marchan Valdivia contra Liceo Agustín Ross de Pichilemu*. Aquí lo que se discutía era la garantía de igual acceso a la educación por parte de un estudiante con malos antecedentes conductuales, y el derecho que tendrían los padres y apoderados de escoger el establecimiento que estimen más adecuado para sus hijos o pupilos. En pocas palabras, la esfera que estimaban vulnerada los padres y apoderados era el derecho a elección del establecimiento en función del riesgo que asumirían los estudiantes y profesores por la matrícula del alumno indisciplinado<sup>9</sup>.

Sobre la materia de litigio, la Corte sentenció que frente al

“principio de igualdad está el aún más caro de la integridad física y psíquica de profesores y estudiantes del Liceo, que se vería seriamente amenazado con el ingreso al mismo de un alumno que ha incurrido dentro y fuera de otros establecimientos educacionales, este mismo año y también en los anteriores, en conductas”

reprochables. Bajo ese predicamento el tribunal sostuvo que:

“Ni el establecimiento ni los demás apoderados tienen por qué verse expuestos a que un menor que a todas luces no quiere utilizar el sistema educacional en su provecho, y al cual sus padres no aceptan someter previamente a tratamiento, abuse de las alumnas, golpee a los alumnos

---

<sup>8</sup> En este sentido la parte resolutive del fallo prohíbe a los alumnos organizar nuevas paralizaciones, deja sin efecto el Protocolo y ordena a la Alcaldesa del municipio “ejercer sus funciones” y “garantizar la continuidad del servicio educacional dentro del año escolar”.

<sup>9</sup> SCAA de Rancagua, Rol N° 1.878, de 23 de octubre de 2000, que acoge el recurso con voto disidente, y SCS que revoca el recurso teniendo a la vista disidencia, Rol N° 4201-00 de 28 de diciembre de 2000) RDJ3659.

o agrede a sus profesores. La exigencia del establecimiento y sus autoridades, de que primero el recurrente demuestre que ha sometido a su hijo a un efectivo tratamiento psicológico y que éste haya dado frutos que redunden en una mejoría en la conducta del menor, condición que se plantea como previa a la concesión de matrícula (...), parece enteramente lícita, razonable, no discriminatoria y ciertamente ni ilegal ni arbitraria”<sup>10</sup>.

El razonamiento que expuso la judicatura no parece acertado, pues discrimina y excluye al alumno del sistema de educación pública por su expediente conductual, dejando de lado principios como la buena fe, la presunción de inocencia y el libre acceso a la educación. En pocas palabras, si el sistema público discrimina por razones de conducta, ¿en qué queda el acceso universal a la educación?

A mayor abundamiento, mientras el alumno no haya sido condenado por crimen o simple delito, el sistema de educación pública no está en condiciones de negar la matrícula de quien se lo solicite. De lo contrario cabría preguntarse: ¿cuál sería la razón por la que la ley prevé una modalidad especial de educación, como es el caso de la educación carcelaria, distinta a las modalidades de enseñanza regular previstas para el alumno indisciplinado? ¿Tienen los padres y apoderados y la dirección de un establecimiento público la facultad de negar la matrícula para casos como el descrito?

Un caso interesante en materia de protección del derecho a la educación con relación al derecho a la vida, es el conflicto que se plantea entre un municipio y dos órganos de la administración del Estado: Corporación Municipal de Servicios y Desarrollo de Maipú contra el Director del Servicio de Salud del Ambiente de la Región Metropolitana y Ministra de Educación<sup>11</sup>.

El caso da cuenta de las múltiples falencias y problemas de coordinación que existen al interior de la Administración para la adopción de medidas conducentes a mejorar el sistema de educación pública chileno. En concreto, se relaciona con la necesidad de dar solución a problemas de

---

<sup>10</sup> SCS Rol N° 4201-00 de 28 de diciembre de 2000, considerando 3°.

<sup>11</sup> SCAA de Santiago, Rol N° 4127-2002, de fecha 14 de octubre de 2002, confirmada por SCS, Rol N° 4325-2002, de 9 de diciembre de 2002. La Corporación Municipal dedujo el recurso de protección en contra de la Resolución N° 18.569 de 26 de julio de 2002, del Director del Servicio de Salud del Ambiente de la Región Metropolitana, que prohibía el funcionamiento de la Escuela N° 269 “El Llano de Maipú”, por considerarla arbitraria e ilegal, y una medida absurda atendida la circunstancia de que la fuente de contaminación dependía de una industria ubicada en las cercanías de la escuela (la industria Pizarreño) y en contra de la Ministra de Educación por no proporcionar los medios materiales que permitan el funcionamiento del establecimiento.

salubridad y seguridad de establecimientos municipales. En este caso la Corporación Municipal interpuso un recurso de protección en contra del Director del Servicio de Salud Metropolitano, que dictaminó la clausura del local en el que funcionaba el establecimiento educacional al detectarse altas concentraciones de asbesto. En forma supletoria la acción se dirigió en contra del Ministerio de Educación, por no proporcionar los medios necesarios para garantizar el derecho de los alumnos a continuar sus estudios.

El Director del Servicio de Salud del Ambiente fundamentó la resolución de cierre del local por el riesgo que significaba para los estudiantes y los trabajadores los niveles de contaminantes detectados<sup>12</sup>. A su turno, el Ministerio de Educación deslinda su responsabilidad argumentando que el cierre del establecimiento es resuelto por la autoridad sanitaria y que la obligación de garantizar la educación gratuita se cumple con el sistema de financiamiento. En estricto rigor, sostiene, la responsabilidad de mantener el funcionamiento es del sostenedor.

La Corte describió y validó en los términos que a continuación se transcriben las atribuciones legales que posee el Servicio de Salud del Ambiente de la Región Metropolitana en materia sanitaria y medioambiental<sup>13</sup>:

“Atendidas las referidas facultades legales y la constatación científica en cuanto a niveles peligrosos de Asbesto en el aire, esta Corte estima apa-

---

<sup>12</sup> La Resolución tiene su fundamento en el Informe N° 19/02, del Instituto de Salud Pública, denominado “Evaluación Ambiental Preliminar de Asbesto en Villa Pizarreño” de 11 de julio de 2002, “que constata y cuantifica diversas concentraciones de asbesto en el aire existente en la Escuela N° 268, que van entre 0.01 fibras por centímetro cúbico (f/cc) y 0.08 (...); que si bien es cierto que no existe en Chile norma de calidad para asbesto, la concentración entregada en los análisis mencionados ha demostrado la presencia de éste en el ambiente, constituyendo un grave riesgo para la población expuesta, especialmente la más vulnerable (...)”. Con todo, precisó la autoridad sanitaria, mediante Decreto Supremo N° 656/2000, el Ministerio de Salud “prohibió el uso de asbesto en Chile, por considerarlo un mineral que puede causar enfermedades como: asbestosis, cáncer primario al pulmón y mesoteliomas; que, a su vez, organismos internacionales como la Agencia Internacional para la Investigación del Cáncer (IARC, Listado I-a), considera el Amianto o Asbesto una sustancia comprobadamente cancerígena...”. Que por esa razón países como USA han establecido máximos permisibles, y que Chile suscribió con fecha 4 de junio de 1986 un Convenio C162, de la OIT, sobre Asbesto.

<sup>13</sup> Entre ellas la Corte pasa revista a las siguientes normas que fijaban las competencias de supervigilancia de la autoridad sanitaria: el DS N° 289/1989, del Ministerio de Salud, sobre Condiciones Sanitarias Mínimas de los Establecimientos Educacionales; los artículos 65 y 68 de la Ley N° 17.744, sobre Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales, y sus reglamentos complementarios; y artículos 3° y 9° del Código Sanitario, que prescriben el ámbito de competencia de los Servicios de Salud para atender y normar materias relacionadas a salud pública y bienestar higiénico del país.



recía en efecto indispensable la adopción de medidas preventivas para la protección de la población expuesta a dicho elemento, prohibición de funcionamiento que en todo caso se mantendría vigente mientras no se acredite ante la autoridad sanitaria recurrida de protección que los niveles de Asbesto en aire en el mencionado establecimiento educacional se encuentran por debajo de los niveles internacionalmente aceptados. Como puede apreciarse, se trata de una medida sanitaria aplicada a dicho establecimiento educacional con un *carácter eminentemente preventivo y transitorio*. Por ello, y tras recordar que los propios recurrentes no han discutido en este recurso los efectos nocivos del Asbesto, sólo cabe concluir que el Servicio de Salud del Ambiente de la Región Metropolitana, al dictar la Resolución reclamada en este recurso, no ha actuado sino en cumplimiento de los imperativos legales que reclamaban su intervención, precisamente en resguardo y protección de la población escolar y laboral del Establecimiento<sup>14</sup>.

Respecto de la autoridad educacional, la Corte discurrió que dicho razonamiento se hace extensivo a la autoridad administrativa

“desde que, lejos de advertirse un acto u omisión ilegal o arbitrario alguno de su parte, las autoridades del Ministerio han proveído justamente lo necesario para que la Escuela El Llano de Maipú pueda funcionar temporalmente en el local del Centro Técnico Profesional”

de esa ciudad.

Como se aprecia, el rol de la judicatura se circunscribe en este caso al principio de atribución de competencias por el que la ley delega a la autoridad sanitaria y educacional la potestad resolutoria del conflicto.

Otro caso en el que se entrelazan el derecho a la educación con el derecho a la integridad psíquica es *A.V.A.A. con Colegio de la Salle, Instituto de los Hermanos de las Escuelas Cristianas*<sup>15</sup>. El caso dice relación con la situación que afectaba a una menor de 8 años a la que le fue restringido su derecho a permanecer en el establecimiento educacional por padecer de una discapacidad física, nos resulta interesante.

La madre de la menor interpuso la acción de protección por la no renovación de la matrícula de estudios de parte del establecimiento educacional, alegando que tal medida afectaba, entre otros, el derecho a la integridad psíquica de su hija. La acción es deducida en conformidad

---

<sup>14</sup> SCAA de Santiago, Rol N° 4127-2002, de fecha 14 de octubre de 2002, considerando 5°.

<sup>15</sup> SCAA de Talca, Rol N° 1.356-06, de 24 de octubre de 2006, confirmada por SCS Rol N° 5.878-06, de 21 de noviembre de 2006.

a los derechos enunciados en el artículo 19 de la Constitución y a los consignados por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (sobre el derecho del niño a recibir “medidas de protección” por parte de su familia, de la sociedad y del Estado)<sup>16</sup> y por los artículos 1, 12, 13, 16 y 29 de la Convención sobre Derechos del Niño<sup>17</sup>.

La parte recurrida adujo la existencia de un contrato de prestación de servicios educacionales, anual, y la facultad de renovación por mutuo acuerdo de las partes. Señaló que la alumna padecía una discapacidad física que le impedía recibir enseñanza normal, y que ningún tribunal de la república tenía competencias para obligar a un establecimiento educacional a recibir menores con discapacidades en calidad de alumnos regulares. Por lo demás, sostiene, no se encontraría acreditado perjuicio alguno que ponga en riesgo la integridad física y psíquica de la alumna.

Aun cuando la Corte de Apelaciones no discutió la aplicación del principio de autonomía contractual, reconoció que éste

“ha sufrido limitaciones en virtud de consideraciones de diverso orden, como sociales, económicas, políticas, etc., que han contribuido a morigerarlo”

y que, respecto de

“los contratos de prestación de servicios educacionales, en lo que dice relación con alumnos que sufren de alguna discapacidad, no han estado ajenos a dicha corriente limitadora...”.

“Y en el caso de la educación de alumnos discapacitados, la justificación a la limitación del principio jurídico de derecho privado en referencia, no precisa de mayor lucubración, atendidos los valores y principios que se hallan comprometidos, como lo es la responsabilidad del Estado a través de sus diversos órganos, así como la sociedad en general, de *contribuir*, cada cual en el ámbito de su competencia y con los medios a su alcance, a la integración de los niños, niñas y adolescentes que enfrentan alguna discapacidad, a los distintos aspectos de la vida nacional, comenzando por uno primario, como es la educación”<sup>18</sup>.

Por tales razones, la Corte concluyó que las leyes que establecen normas para la plena integración social de personas con discapacidad limitan

---

<sup>16</sup> Decreto Supremo N° 873, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el D.O. el 5 de enero de 1991.

<sup>17</sup> Decreto Supremo N° 830, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el D.O. el 27 de septiembre de 1990.

<sup>18</sup> SCAA de Talca, Rol N° 1.356-06, Considerando 2°

la autonomía de la voluntad contractual<sup>19</sup>. En definitiva, la Corte sostuvo que el establecimiento no se encontraba legitimado para decidir si uno de sus alumnos debía o no incorporarse a la educación especial en razón de la naturaleza y/o grado de la discapacidad. Ello porque dicha facultad correspondía al legislador o a la autoridad a quien se haya delegado su potestad. De acuerdo al considerando 4° de la sentencia,

“el legislador, frente a una persona con algún tipo de discapacidad, le garantiza el acceso a la educación, primero en los establecimientos públicos y privados de educación regular –normales, conforme a la nomenclatura empleada por el colegio recurrido–, quienes deben incorporar las innovaciones y adecuaciones curriculares necesarias, entregándoles la enseñanza complementaria que precisen para asegurarles su permanencia y progreso en tal sistema de educación regular”.

“No es el respectivo establecimiento educacional el que se encuentra legitimado para decidir si uno de sus alumnos debe incorporarse a la educación especial en razón de la naturaleza y/o grado de la discapacidad que lo afecta, sino que el legislador ha entregado tal potestad al Ministerio de Educación, que en la especie no tuvo intervención alguna en la decisión de no renovar la matrícula a la alumna antes individualizada”<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> La Ley 19.284, modificada por la Ley N° 20.025, establece normas para la plena integración social de personas con discapacidad, y limita la autonomía de la voluntad en lo que se refiere al contrato de prestación de servicios educacionales al imponer cargas destinadas a facilitar el acceso a la educación a personas que padecen discapacidades físicas o psíquicas. En tal sentido, el artículo 26 define la educación especial como: “la modalidad diferenciada de la educación general, caracterizada por constituir un sistema flexible y dinámico que desarrolla su acción preferentemente en el sistema regular de educación, proveyendo servicios y recursos especializados a las personas con o sin discapacidad, según lo califica esta ley, que presenten necesidades educativas especiales.” A su vez, el artículo 27 establece que “los establecimientos públicos y privados del sistema de educación regular deberán incorporar las innovaciones y adecuaciones curriculares necesarias para permitir y facilitar, a las personas que tengan necesidades educativas especiales, el acceso a los cursos o niveles existentes, brindándole la enseñanza complementaria que requieran para asegurar su permanencia y progreso en dicho sistema”. Para el caso de no ser posible dicha integración en los cursos ordinarios “la enseñanza se impartirá en clases especiales dentro del mismo establecimiento educacional” y únicamente como excepción y cuando sea indispensable, el Ministerio determinará el ingreso a un establecimiento especial por el tiempo que sea necesario. Por último el artículo 28 establece que “la necesidad de las personas con discapacidad de acceder a la educación especial, la modalidad y el establecimiento pertinente, así como también el tiempo durante el cual deberá impartírseles se determinará, sobre la base de los informes emanados de los equipos multiprofesionales del Ministerio de Educación, sin perjuicio de las facultades que esta ley otorga a las Comisiones de Medicina Preventiva e Invalidez y de los certificados que ellas emitan”.

<sup>20</sup> SCAA de Talca, Rol N° 1.356-06, Considerandos 4° y 5°

Luego, las acciones destinadas a garantizar los derechos de las personas que padecen discapacidades en el ámbito educativo son de competencia del legislador y la autoridad administrativa, en tanto que la adjudicación de sus derechos es tarea del órgano judicial. En otras palabras, la solución jurídica viene por vía del mandato de igualdad ante la ley.

## *2) El derecho a la educación y la igualdad ante la ley*

El principio de igualdad concita un gran debate al interior de la doctrina y jurisprudencia nacionales acerca cuál podría ser su sentido y alcance. Así, conforme a lo expuesto existen dos alternativas de respuestas. La primera es entender que se trata de un precepto cuyo ámbito de acción se estructura sobre el contenido y aplicación de la ley, entendida ésta como norma abstracta, general, universal. La segunda implica asumir que se trata de un mandato dispuesto en función de alcanzar mayores grados de igualdad material. En otras palabras, las divergencias de interpretación contraponen el mandato de igualdad y no discriminación ante la ley, frente a un imperativo ético de igualdad material.

Como se vio, la implementación del principio de igualdad material no está sujeta a la igual aplicación de las normas de derecho para un caso concreto, sino que son los hechos y circunstancias los que determinan el contenido del precepto. De esta forma, la función del juez se traslada a un plano superior, para algunos “metaético”, por el cual juzga o valora la moralidad de los actos sometidos a su consideración.

Bajo esa óptica sería posible anteponer el derecho a la educación por sobre otros derechos constitucionales, como son la libertad que tienen los padres para educar a sus hijos, la libertad de enseñanza, la libertad de cultos, la libertad ideológica u otras garantías<sup>21</sup>. En suma, un razonamiento judicial construido sobre la pretensión de igualdad material más que ubicarse en el terreno del caso concreto lo hace en el campo de la razonabilidad política, donde el juez deja de ser juez y actúa como legislador.

---

<sup>21</sup> SCS, Tercera Sala Constitucional, de fecha 10 de noviembre de 2008, Rol N° 3853, rechaza el recurso de protección de un alumno que fue expulsado de un establecimiento educacional al incurrir en una causal de término contractual referente al rendimiento académico. Sin embargo, el voto disidente se pronuncia a favor del recurso y recomienda la reincorporación del estudiante por considerar que “la no renovación de la matrícula de estudios no es de naturaleza contractual”, sino que “está vinculada al derecho a la educación y al derecho de los padres de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos que previenen los numerales 10° y 11 inciso 4° del artículo 19 de la Constitución Política de la República y (...) ha de ser resuelta desde la garantía de igualdad” (considerando 2°).

Sobre la base del derecho a la igualdad ante la ley que prevé el artículo 19 N° 2 de la Constitución, los tribunales superiores de justicia han conocido y resuelto materias muy disímiles. Entre éstas pueden citarse el cobro indebido de dineros o las cancelaciones de matrículas de estudios en forma injustificada y arbitraria.

Así ocurrió con un grupo de apoderados que interpusieron un recurso de protección en contra del Director de un establecimiento educacional que había dispuesto, como requisito previo para la matrícula de sus alumnos, el pago de una suma de dinero destinada a una organización inexistente (Cooperativa del Centro General de Padres), violando la prohibición prevista sobre esa materia por la ley de subvención<sup>22</sup>.

En igual sentido, la Corte falló sobre las cancelaciones de matrículas de estudios por malos rendimientos académicos en *GNGG contra Colegio Subvencionado Domingo Santa María de Puerto Montt*. El caso es interesante ya que la sentencia fue dictada de conformidad a los principios, derechos, obligaciones y prohibiciones que prescribe la Ley General de Educación N° 20.370. En tal sentido, mientras el considerando 1° de la sentencia reiteraba

“la prohibición a todos los establecimientos educacionales, con reconocimiento oficial, en cualquiera de sus niveles, de expulsar o cancelar la matrícula de un alumno por bajo rendimiento durante el año escolar, y en los colegios subvencionados, la prohibición de no renovar la matrícula por bajo rendimiento académico a los alumnos del primer nivel de transición y hasta sexto básico”,

el considerando 2° del fallo reconocía

“el derecho de los alumnos de establecimientos subvencionados que repiten de curso de realizar nuevamente el curso del nivel que corresponda, en el mismo establecimiento, por una vez, no pudiendo invocarse como causal para no renovar la matrícula la repitencia”<sup>23</sup>.

Asimismo, por esta misma vía los tribunales han conocido sobre cancelaciones de matrículas por problemas de conducta o dificultades en el aprendizaje. Tal es el caso que aconteció en *Jesús Quintero y Cristián Mardones contra Directora de la Escuela N° 339, Poeta Eusebio Lillo, de Conchalí*, a propósito de la conducta hiperactiva de dos alumnos de un

---

<sup>22</sup> SCS Rol N° 949-1999, de fecha 8.4.1999 (Revista *Fallos del Mes* N° 485, abril).

<sup>23</sup> SCS Rol N° 1357-2010 de 25 de febrero de 2010, *GNGG contra Colegio Subvencionado Domingo Santa María de Puerto Montt*.

establecimiento educacional. Aun cuando el recurso fue rechazado por los tribunales superiores, la recurrida expresó su voluntad de recibir a los niños y proveer lo necesario para el aprovechamiento del año escolar<sup>24</sup>.

Incluso más, mediante esta garantía los tribunales superiores de justicia han conocido y resuelto conflictos a propósito de medidas adoptadas por establecimientos educacionales en perjuicio de alumnos por la conducta o situación económica de los padres. Tal situación ocurre en *Elgueta Olivares contra Rubio Catalán* (Director del Colegio Cancura). En este caso, las razones que expuso la recurrida para la no renovación de matrícula no se enmarcaban en cuestiones de índole económica, sino en “problemas antiguos de relación con la madre” de la menor afectada. En esa oportunidad la Corte de Apelaciones ordenó la admisión de la alumna en el establecimiento para el año escolar en curso, toda vez que

“cumplidos los requisitos de admisión impuestos por el establecimiento educacional debe necesariamente otorgarse la matrícula [...] Actuar de otro modo, esto es, rechazar la incorporación por motivaciones de otra índole una vez iniciado el proceso de postulación, importa un acto arbitrario e ilegal que vulnera la garantía constitucional invocada”<sup>25</sup>.

De igual forma, la garantía ha sido deducida por estudiantes que han visto vulnerado su derecho de igualdad a causa de su estado civil, o del embarazo o condición de maternidad. Situaciones como las enunciadas han sido falladas por los tribunales en defensa de la garantía de igualdad y no discriminación que poseen los alumnos frente al arbitrio de las autoridades en el ámbito de la educación<sup>26</sup>.

Un caso digno de mención es *Destéfano Zuloaga con Colegio La Salle, de Temuco*<sup>27</sup>, por el que un sostenedor de un establecimiento particular pagado negó la matrícula a un menor de seis años, por no cumplir con

<sup>24</sup> *Jesús Quintero y Cristián Mardones contra Directora de la Escuela N° 339, Poeta Eusebio Lillo, de Conchalí*. SCAA de Santiago, de 9 de octubre de 2001, Rol N° 4379-2001, confirmada por SCS. Una situación similar aconteció en el caso de una niña con SIDA cuya matrícula fue rechazada por la directora del establecimiento educacional. La situación no se judicializó y fue resuelta por el gobierno mediante una campaña antidiscriminación (diario *El Mercurio*, de Santiago, de fecha 16 de marzo de 2002, C 1, 17 de marzo de 2002, y de 20 marzo de 2002, C 5).

<sup>25</sup> *Elgueta Olivares contra Rubio Catalán* (Director del Colegio Cancura). SCAA de San Miguel, Rol N° 8531-2001.

<sup>26</sup> Sobre casos de discriminación en materia educacional consúltese Lidia CASAS, Jorge CORREA y otros, “Descripción y análisis jurídico acerca del derecho a la educación y la discriminación” pp. 157-230.

<sup>27</sup> SCAA de Temuco, Rol N° 112-88, confirmada por SCS Rol N° 12.476 de 26.5.1988 (RDJ3967)

la edad mínima establecida en el contexto de lo prescrito en normas de Derecho Administrativo.

El padre del menor alegó que la medida había vulnerado dos garantías constitucionales: la libertad de adquirir el dominio y el derecho de igualdad. Para justificar su demanda la recurrente sostuvo que la fecha tope dispuesta por la dirección del establecimiento para considerar el mínimo de edad no tomó en cuenta ni las aptitudes ni la madurez del niño. De igual forma reclamó que el sostenedor carecía de las facultades legales, reglamentarias y contractuales para negar la matrícula. A su turno, la recurrida justificó la decisión de negar la matrícula al menor sobre la base de la normativa legal y reglamentaria existente.

El Ministerio de Educación sostuvo que de conformidad a lo previsto por la normativa legal (DFL N° 7.912, de educación, de noviembre del año 1927) y la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República, el recurso debía ser rechazado<sup>28</sup>.

Teniendo en consideración los alegatos, la Corte de Apelaciones acogió el recurso por estar comprometidos los siguientes derechos:

“a) El de ejercitar la calidad de alumno regular de primer año de enseñanza básica; b) El de ejercitar con oportunidad y útilmente las capacidades adquiridas en la enseñanza pre-básica; c) El de igualdad ante la ley que debe traducirse en el derecho al debido proceso, para determinar en él si el requisito de la edad era pertinente al caso, y por último, también y aunque el recurrente no lo invoca; d) El derecho a la libertad de enseñanza, porque el artículo 20 de la Constitución Política del Estado acoge en su enumeración taxativa, al N° 11 del artículo 19, y concede protección para asegurar el derecho de los padres a escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos, que asimismo se ve vulnerado a raíz de los hechos denunciados”<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> Dictamen N° 16.121, de 1983, de CGR que estima como facultades propias del Ministerio el “fijar las edades de ingreso a los diferentes niveles de enseñanza respecto de todos los establecimientos que integran el sistema nacional de educación, facilitándose así las transferencias o traslados de alumnos, y la compatibilización de los contenidos de la educación que se imparte en cursos de igual nivel; que los requisitos de edad se refieren no sólo al ingreso a primero básico, sino también respecto de otros niveles, estableciéndose límites de edad máxima o edad mínima, según el caso”.

<sup>29</sup> SCAA de Temuco Rol N° 112-88, considerando 6°. La Corte también tuvo a la vista otros derechos como la libertad de adquirir el dominio sobre toda clase de bienes y el derecho que tienen los padres de escoger el establecimiento de sus hijos. En este sentido la judicatura sostuvo que “no por el hecho de ser incorporales los reclamos en el presente caso, dejan de ser actuales y tangibles, ni de estar protegidos por el recurso de protección” y que la negativa representa desconocer “al menor en el hecho, sus estudios pre-básicos no obstante que le habían sido acreditados”. A su vez, sostuvo el fallo de la Corte de

En base a estos razonamientos, el tribunal de alzada estimó que el establecimiento carecía de facultades normativas para “negar la matrícula en primer año de enseñanza básica a un niño, por el sólo hecho que no alcanzará a cumplir seis años al 30 de junio del año respectivo”. Asimismo, declaró que el Ministerio de Educación no tenía facultades para dictar “instrucciones de carácter administrativo” respecto de establecimientos particulares pagados. Ello porque esa potestad estaba reservada al ámbito de “los colegios particulares gratuitos” que perciben subvención estatal. En este sentido, la Corte sostuvo que las instrucciones emanadas de la autoridad administrativa no fueron adoptadas conforme al inciso final del artículo 19 N° 11, de la Constitución, en materia de Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza. En efecto, la instrucción o circular del Ministerio de Educación adolecía de un vicio de constitucionalidad al prescribir “requisitos mínimos” para el primer “nivel de la enseñanza básica” (competencia reservada al legislador orgánico constitucional).

Por último, para justificar la arbitrariedad de la medida desde la perspectiva técnico-pedagógica, la Corte razonó en los términos que siguen:

“Que de lo antes relacionado resulta que el director del Colegio La Salle de Temuco denegó matrícula para primer año de enseñanza básica en ese establecimiento particular pagado al menor Francisco José Destefano Yermeni, sin causa justificada y dando aplicación a un requisito exigido en un mero instructivo del Ministerio de Educación Pública, que fue concebido y dictado para un ámbito educacional absolutamente diverso, cual es el de los colegios particulares gratuitos que pretenden subvención estatal, y con un propósito específico de orden económico, explicable en dicha área en que se cuenta con recursos limitados, pero que nada tienen que ver con fundamentos psicopedagógicos propiamente tales; lo que constituye un acto arbitrario e ilegal que importa una grave perturbación al derecho del nombrado menor de adquirir toda clase de bienes, en este caso la calidad de alumno regular del primero básico del Colegio de La Salle de Temuco; como asimismo la de usar y gozar con oportunidad y útilmente de las capacidades adquiridas en su enseñanza pre-básica; como asimismo importa una grave perturbación al derecho de los padres (del menor) de escoger el establecimiento educacional que prefieran para su hijo, impidiéndoles el uso y goce de los referidos derechos, los que les están garantizados por el artículo 19 números 23 y 11 de la Constitución Política de la República de Chile.

Y al imponer en la especie un requisito de edad mínima para la admisión del niño en la matrícula del primer año básico, en circunstancias

---

Apelaciones, la medida había vulnerado el derecho que tienen “los padres para escoger el establecimiento educacional que prefieran para sus hijos... que no tiene otras limitaciones que las que imponen la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional”.



que tal exigencia no está establecida en la ley, sino en un instructivo dictado para un contexto diferente al planteado en un colegio pagado, la negativa de matrícula constituye también una grave perturbación al derecho de igualdad ante la ley y su corolario, el derecho al debido proceso, que también está garantizado al recurrente y sus padres en la Carta Fundamental, esta vez en el N° 2 del artículo 19<sup>30</sup>.

Sin embargo, el voto de minoría resultó determinante para la adopción de un criterio definitivo en la segunda instancia. En efecto, justificó la potestad reguladora de la autoridad en función de un antiguo decreto de 1927 y de la jurisprudencia administrativa. Dicha potestad había sido reconocida

“con el objeto de lograr una mayor *coordinación general del proceso educativo a nivel nacional*, facilitándose así las transferencias o traslados de alumnos y compatibilización de los contenidos de la educación que se imparten en cursos de igual nivel”.

Por último, también el voto de minoría tuvo en consideración razones de orden técnico-pedagógicas.

“Por lo demás, estiman los disidentes, que por amplia que sea la libertad de enseñanza, es derecho esencial e irrenunciable del Estado el establecer los requisitos mínimos que deberán exigirse en cada uno de los niveles de la enseñanza básica y media y señalar las normas objetivas de general aplicación que le permitan velar por su cumplimiento y en este orden de ideas parece lógico y aconsejable que debe reglamentarse alguna edad para el ingreso a primero básico. De no ser así, estaría abierta la posibilidad que algunos padres pudieran matricular niños tan pequeños, que no sólo saldrían perjudicados ellos mismos en su normal desarrollo y personalidad al ser forzados a ingresar antes de tiempo a un régimen para el cual no están maduros sino también podrían constituir un estorbo para el normal desenvolvimiento de sus demás compañeros de curso. Y si se llega a la conclusión de reglamentar una edad mínima, siempre existirán casos de niños que estén casi en el límite de la fecha que la fije. Y por último, como la enseñanza pre-básica no es requisito para el ingreso a primero básico, consecuentemente tampoco otorga por sí sola al niño que cursó, el derecho a ingresar a primero básico si no cumple con los demás requisitos establecidos para ello en los reglamentos respectivos”.

Este caso resulta interesante por el conflicto de derecho que se plantea. En efecto, por una parte la libertad que tiene el padre para deci-

---

<sup>30</sup> SCAA de Temuco Rol N° 112-88, considerando 10°.

dir sobre la formación de su hijo menor de edad, y, por otra, la potestad que posee la autoridad administrativa para regular las edades mínimas y máximas de ingreso y egreso en todo el sistema educacional<sup>31</sup>.

La garantía de igualdad ante la ley también ha sido empleada en defensa de alumnas en situación de embarazo gestacional. En esta materia los criterios de justicia han sido adoptados por los tribunales superiores de justicia a destiempo del derecho comparado<sup>32</sup> y la justicia internacional. En efecto, las primeras sentencias de nuestros tribunales se inclinaron en favor de la autonomía contractual, desechando de plano las pretensiones de alumnas afectadas por medidas de suspensión, cancelación o expulsión.

Así ocurrió, por ejemplo, en *Oñate Fuentes, Romina y otra con Universidad de las Américas*. En este caso dos estudiantes junto a sus apoderados habían firmado un contrato de prestación de servicios educacionales con una entidad universitaria por cuyo intermedio se obligaban a aceptar y respetar en su integridad la normativa académica, disciplinaria y administrativa de la casa de estudios recurrida.

Las recurrentes, alumnas regulares del último año de la carrera de pedagogía, basaron sus alegatos en la naturaleza discrecional y caprichosa de la sanción prevista por el reglamento al momento de realizar su práctica profesional. En este sentido reclamaban que la Universidad habría actuado en forma ilegal y arbitraria, conculcando la garantía constitucional de igualdad ante la ley.

A su turno, la recurrida afirmó la legitimidad de la medida sobre la base del principio de autonomía contractual por cuya virtud

“todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”<sup>33</sup>.

En tal sentido, la universidad sostuvo que en el contrato de prestación de servicio educacional suscrito por las alumnas y sus padres establecía que “las alumnas que estén embarazadas podrán inscribir y comenzar su

---

<sup>31</sup> La sentencia nos recuerda la jurisprudencia norteamericana sobre las competencias que detenta la autoridad a propósito del carácter obligatorio de la educación escolar en contraposición a la libertad que tienen los padres para educar a sus hijos. En concreto, casos como el saludo a la bandera, la oración en clases, la asignatura de ética o ciudadanía, o la modalidad de enseñanza en casa (o *home-schooling*), van deslindando el ámbito de competencias que posee la autoridad para regular la actividad educativa.

<sup>32</sup> Sobre esta materia véanse criterios de Sentencias de la Corte Constitucional Colombiana *Ibid*, pp. 146-149.

<sup>33</sup> Artículo 1545 del Código Civil

práctica sólo hasta los tres primeros meses de embarazo”. A su vez, con el objeto de acreditar el estado gestacional de las alumnas, el reglamento de práctica profesional estipulaba la obligación

“de adjuntar oportunamente, un certificado médico o de matrona y una carta personal eximiendo de responsabilidad al centro de prácticas y a la universidad”.

Como se observa, la recurrida defiende la legitimidad de la medida teniendo presente el principio de autonomía que el ordenamiento jurídico reconoce a las instituciones de educación superior

“para regular sus actividades académicas, económicas y administrativas, y dictar conforme a ella la reglamentación correspondiente para asegurar su mejor desempeño”.

Es precisamente sobre la base de éste último razonamiento que los tribunales de alzada avalaron la medida disciplinaria. Sobre esta materia, sostuvo el fallo,

“las recurrentes no han controvertido el hecho de que al iniciar sus respectivas prácticas educacionales se encontraban embarazadas, con un período de gestación superior al permitido [en el reglamento]”.

Luego, para justificar su decisión y tener por rechazado el recurso de protección, la Corte expuso el siguiente criterio:

“Que (...) las recurrentes, en calidad de alumnas, al firmar el contrato de prestación de servicios educacionales, se obligaron junto a sus apoderados a aceptar y respetar en su integridad la reglamentación y normativa académica, disciplinaria y administrativa por la cual se rige la Universidad, aceptando desde ya toda modificación, la que se entenderá que obliga tanto al alumno como a su apoderado, desde que fuere efectuada por las autoridades correspondientes; y, entre la normativa académica se encuentra, precisamente, el “Reglamento de Práctica Pedagógica. Por lo tanto, su conducta se sujetó a normas reglamentarias que se entienden conocidas de las recurrentes, según se expresa en los contratos de prestación de servicios, condiciones éstas válidamente pactadas en virtud del principio de autonomía de la voluntad, y obligatorias para las partes, conforme lo dispone el artículo 1545 del Código Civil”<sup>34</sup>.

---

<sup>34</sup> SCS de 30 de noviembre de 2005, *Oñate Fuentes, Romina y otra con Universidad de las Américas*, considerando 7° (MJCH\_MJJ17447/RDJ17447).

A primera vista el razonamiento empleado por la Corte en favor de la autoridad universitaria pareciera no ser el incorrecto. En efecto, la cancelación de matrícula se ajustaba a lo previsto por el marco legal y reglamentario, hecho que no desconocen las recurrentes. Con todo, y tal como ellas lo sostienen,

“la norma (...) no puede ser absoluta en grado tal que no admita excepciones o interpretaciones que se conformen en mejor grado con la finalidad de la misma”.

Sin embargo, estimamos que el formalismo y la excesiva cautela con que actuaron nuestros tribunales de justicia no se ajustaban al imperio del Derecho. En efecto, bastaba con recurrir a los tratados de derecho internacional suscritos por Chile en esa materia, como era el caso de la Convención Internacional relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza<sup>35</sup> o la Convención de Derechos del Niño<sup>36</sup>, para acreditar la vulneración a la garantía de igualdad.

Fue a propósito de Mónica Carabantes Galleguillos que los tribunales de justicia adoptan un criterio distinto<sup>37</sup>. En este caso, una estudiante de segundo año de educación media que se encuentra en situación de embarazo fue notificada por la dirección del establecimiento educacional que su matrícula no sería renovada el año entrante a causa de “disposiciones reglamentarias”.

Frente a esta situación la adolescente presentó un recurso de protección invocando el derecho de igualdad ante la ley y la libertad de los padres para elegir el establecimiento educacional de sus hijos. Asimismo, sostuvo la afectada, la medida adoptada por el establecimiento educacional transgredía una circular del Ministerio de Educación sobre la asistencia a

---

<sup>35</sup> De acuerdo al artículo 1° de la Convención contra la Discriminación en el ámbito de la Enseñanza se entiende por discriminación “toda distinción, exclusión, limitación o preferencia fundada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica o el nacimiento, que tenga por finalidad o por efecto destruir o alterar la igualdad de trato en la esfera de la enseñanza”.

<sup>36</sup> El principio de no discriminación está consagrado en el artículo 2.1 de la Convención. Por su intermedio se establece la obligación para el Estado de aplicar las normas “sin distinción alguna, independiente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físico, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales”.

<sup>37</sup> SCAA de La Serena de fecha 24 de diciembre de 1997, Rol N° 21.633, *Edgardo Delicio Carabantes Olivares con Hugo Araya Marín, Director Colegio Andrés Bello de La Serena*. En sede internacional el caso es caratulado *Mónica Carabantes Galleguillos contra Chile*, Informe N° 33/02, Solución Amistosa, Petición 12.046.

clases y la condición de escolares que cambian el estado civil y de alumnas que asumen la responsabilidad de la maternidad<sup>38</sup>.

Siguiendo la jurisprudencia prevalente en el ámbito interno, tanto la Corte de Apelaciones como la Corte Suprema rechazaron el recurso de protección, señalando que ni la igualdad ante la ley ni la libertad que tienen los padres para elegir el establecimiento de sus hijos habían sido vulneradas

“puesto que, respecto de aquella, corresponde al establecimiento educacional regular un régimen interno aplicable en un ámbito de igualdad para todos sus educandos, que es conocido y aceptado por los apoderados de antemano y respecto de esta, porque el derecho de los padres a elegir el establecimiento para la educación de sus hijos no se opone a que el centro educacional de que se trate procure sus propias normas internas y defina su proyecto educativo, los cuales pasan a ser obligatorios para quienes opten por ingresar al mismo”.

Ante la negativa de los tribunales, en agosto de 1998 se interpuso un recurso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por violación del derecho a la honra, la dignidad y el mandato de igualdad y no discriminación arbitraria. En esa oportunidad se determinó la implementación de una solución amistosa entre la agraviada y el gobierno de Chile, por cuyo intermedio el Estado se vio obligado a reconocer los hechos que motivan la acción y adoptar medidas compensatorias a favor de la estudiante. En razón de esta situación, en el año 2000 se dictó una ley que prohibió las prácticas discriminatorias en contra de alumnas embarazadas<sup>39</sup>.

### *3) El derecho a la educación y el derecho a un justo y racional procedimiento*

Los Tribunales también han resuelto situaciones en el ámbito de la educación en función del justo y racional procedimiento legal o derecho al

---

<sup>38</sup> El N° 1, del Título IV de la Circular N° 247, de 27 de febrero de 1991, del MINEDUC disponía: “Los educandos que cambien de estado civil y/o se encuentren en estado de gravidez, terminarán su año escolar en el mismo establecimiento en calidad de alumno regular (...). Al año siguiente los alumnos podrán continuar sus estudios en sus establecimientos de origen o en establecimientos diurnos, vespertinos o nocturnos”.

<sup>39</sup> La ley N° 16.688, de 5 de agosto de 2000, introdujo el siguiente artículo 2°, inciso 3°, a la ley N° 18.962, Orgánica Constitucional de Enseñanza: el embarazo y la maternidad, no constituirán impedimento para ingresar y permanecer en los establecimientos de educación de cualquier nivel. Esto últimos deberán, además, otorgar las facilidades académicas del caso”.

debido proceso. Se trata de un imperativo dirigido al legislador y a la autoridad administrativa que prohíbe toda distinción subjetiva, caprichosa y arbitraria<sup>40</sup>.

En el debido proceso subyacen elementos de naturaleza eminentemente pública, como la inmunidad del individuo frente a posibles castigos, intervenciones o restricciones arbitrarias de parte de quien detenta el poder, la reserva de jurisdicción que posee la autoridad para investigar y sancionar mediante juicio legal y la presunción de inocencia que impide que alguien pueda ser tratado como culpable sin mediar un juicio legal.

Es posible clasificar el justo y racional procedimiento desde un punto de vista sustantivo o sustancial y otro adjetivo o formal. Así, mientras la perspectiva sustantiva o sustancial exige la observancia de los derechos y principios generales de Derecho, la perspectiva adjetiva o formal es configurada por un conjunto complejo de reglas y procedimientos que impiden que la libertad del individuo sea caprichosamente afectada por el arbitrio de la autoridad. Bajo este planteamiento se inscribe la siguiente jurisprudencia del Tribunal Constitucional:

“El derecho a un proceso previo, legalmente tramitado, racional y justo, que la Constitución asegura a todas las personas, debe contemplar las siguientes garantías: la publicidad de los actos jurisdiccionales, el derecho a la acción, el oportuno conocimiento de ella por la parte contraria, el emplazamiento, [la] adecuada asesoría y defensa con abogados, la producción libre de pruebas conforme a la ley, el examen y objeción de la evidencia rendida, la bilateralidad de la audiencia, la facultad de interponer recursos para revisar las sentencias dictadas por tribunales inferiores...”<sup>41</sup>.

La mayoría de los casos en materia de debido proceso se han producido respecto de sanciones o medidas disciplinarias adoptadas en contra de alumnos por la autoridad educacional sin mediar un procedimiento justo y racional, en el que aparezca como “obvia la necesidad de establecer en forma fehaciente y escuchando al imputado la comisión de hechos que van a tener como consecuencia la aplicación de una medida [disciplinaria] que decide su futuro”<sup>42</sup>.

<sup>40</sup> SCAA de Concepción, Rol N° 125/1999 por el que un grupo de padres y alumnos exigen a la autoridad clases de religión evangélica.

En sentido contrario, SCAA de Valparaíso Rol 475/1993 que deniega protección a derecho del alumno a concurrir a clases con el pelo largo.

<sup>41</sup> STC, Rol N° 478, de 8 de agosto de 2006, considerandos 14 y ss., sobre desafuero parlamentario.

<sup>42</sup> *Olivos Marín con Vicerrector Académico de la Universidad de Santiago*, considerandos 3° y 4°, SCAA de Santiago de 26 de enero de 1983, (MJCH\_MJJ6277/ RDJ 6277). La

Cabe notar que esta línea jurisprudencial no tuvo una fácil acogida por parte de los tribunales superiores de justicia, teniendo presente la realidad política en la que se circunscriben los primeros años de vigencia de la Constitución. En efecto, en esa época no era extraño que los recursos de protección fueran desechados sin más por los tribunales de justicia, no obstante la pertinencia de los fundamentos jurídicos y la veracidad y urgencia de los hechos.

Así ocurrió, por ejemplo, en *Fernández Fernández, Álvaro contra Vicerrector de la Universidad de Santiago*<sup>43</sup>. En este caso la autoridad universitaria adoptó una medida disciplinaria en contra de un grupo de estudiantes por su presunta participación ilegal en actos de protesta, sin mediar un procedimiento justo y racional. En concreto, la autoridad universitaria expulsó al agraviado por su supuesta participación “en actos no autorizados”; por

“haber efectuado protestas en términos lujuriosos para el Supremo Gobierno y la Autoridad Universitaria; haber intervenido en la distribución de panfletos y consignas de índole política; e incluso, haber agredido físicamente a un auxiliar de servicios menores de la Universidad mientras cumplía actividades propias de su empleo”.

El afectado dedujo en recurso en contra del Vicerrector Académico de la universidad en defensa de su derecho a un justo y racional procedimiento legal. Bajo este respecto alegó que la medida fue adoptada

“sin haberse instruido previamente sumario o investigación alguna para establecerlos fehacientemente y determinar su participación en ellos y que, en suma, no existen en su contra cargos legalmente comprobados”.

Por su parte, la autoridad académica sostuvo que su competencia en el orden disciplinario

---

Corte de Apelaciones estimó que de acuerdo a los antecedentes aportados al tribunal quedaba claro que el proceso investigativo no cumplía ni siquiera “con un mínimo de formalidades para que revistan la seriedad e imparcialidad para la aplicación de una medida tan grave como es la expulsión”. Por esa razón inaceptable las alegaciones de la autoridad universitaria en orden a desconocer la necesidad de un procedimiento justo. Aun cuando los argumentos de primera instancia fueron convincentes y plausibles, la Corte Suprema confirmó las potestades legales y reglamentarias de la autoridad, revocando sin más el fallo de primera.

<sup>43</sup> *Fernández Fernández, Álvaro contra Vicerrector de la Universidad de Santiago*, SCAA de Santiago, de 2 de mayo de 1983, (MJCH\_MJJ6190/RDJ6190).

“no se encuentra subordinada a la existencia de un juicio [o investigación sumaria] destinado a establecer los hechos constitutivos del mal comportamiento que se sanciona”.

Al contrario, para este efecto únicamente

“basta que dichos hechos se acrediten, como ocurrió en este caso por medio de una investigación informal que se estime idónea y constituida por declaraciones responsables de funcionarios de la Universidad ante su jefe directo”<sup>44</sup>.

Como ya se adelantó, la Corte de Apelaciones desechó el recurso en base a las facultades legales y reglamentarias que detentaría la autoridad universitaria para “calificar los hechos (...) y sancionarlos dictando resolución fundada”.

Aun cuando la sentencia definitiva no resulta favorable a la recurrente, el considerando 13 deja abierta una interesante línea jurisprudencial en favor del debido procedimiento legal:

“No puede dejar de anotarse que el aludido Reglamento se observa un notorio vacío en lo referente a la forma como deben establecerse los hechos que posteriormente se calificaran, estableciéndose al efecto algún tipo de procedimiento que otorgue oportunidades de intervención y defensa a quien pueda resultar afectado por la resolución que en definitiva se dicte. Es un principio fundamental de antigua data el de que “nadie puede ser sancionado sin ser oído”. Basta recordar que Dios mismo interrogó a Adán y a Eva antes de castigarlos. En el presente caso no aparece de los antecedentes que se haya dado cumplimiento a tal elemental principio...”<sup>45</sup>.

Pero como ya se dijo los tribunales superiores de justicia no fueron capaces de sobreponer los citados criterios de justicia natural respecto de los argumentos legales y reglamentarios que justificaron el proceder arbitrario de la autoridad<sup>46</sup>.

---

<sup>44</sup> *Ibid.*, considerando 2° de la SCAA.

<sup>45</sup> *Fernández Fernández, Álvaro, contra Vicerrector de la Universidad de Santiago*, SCAA de Santiago, de 2 de mayo de 1983, considerando 13° (MJCH\_MJJ6190/RDJ6190).

<sup>46</sup> En igual sentido, *Cornejo Miranda*, SCAA de Santiago de 11 de abril de 1983, confirmada por SCS el 6 de julio de 1983, rol N° 16.765; *Lamich Betancourt*, SCAA Santiago, de 27 de abril de 1983, confirmada por SCS el 14 de junio de 1983, Rol N° 16.816; *Insunza Canales*, SCAA Santiago de 2 de mayo de 1983, confirmada por SCS de 14 de junio de 1983, Rol 16.687; *Aliaga Trigo*, SCAA de La Serena de 3 de mayo de 1983, confirmada por SCS el 30 de mayo de 1983, Rol N° 16.857. Sobre el ejercicio de potestades disciplinarias de autoridades universitarias consúltese: *Espinoza y otros*, t. 78



Un caso igualmente interesante es *Danko Stjepovic González contra Universidad de Antofagasta* que acontece en un contexto de normalidad político-institucional<sup>47</sup>. En esta oportunidad un alumno regular de la carrera de medicina dedujo protección en contra de la autoridad por haber adoptado una medida de suspensión y con posterioridad, con motivo de la apelación, elevar la sanción a expulsión de la carrera. En consecuencia, lo que se discute no es la improcedencia de la potestad disciplinaria, sino la inobservancia de las reglas y principios sustantivos que informan el debido proceso al momento de ejercer el derecho a la segunda instancia.

Frente a ese orden de cosas, el alumno reclamó la naturaleza arbitraria e ilegal de la medida aplicada en función de su derecho de propiedad sobre la condición de alumno regular. A su turno, la recurrida adujo que la sanción aplicada en perjuicio del estudiante se compadecía con la gravedad de los hechos que la motivaron. En concreto, el alumno había entregado a un profesor una prueba de un compañero, cambiando el nombre para obtener nota favorable, actuación que según la entidad recurrida no podía justificarse como parte de un impulso infantil o irracional.

Conociendo de los hechos, la Corte de Apelaciones de Antofagasta rechazó el recurso al estimar que la falta del alumno estaba tipificada como gravísima en el reglamento, por lo cual se habría incurrido en la causal de expulsión. Sin embargo, este criterio no es aceptado por la Corte Suprema al considerar el estatuto interno de la universidad que ordena un procedimiento disciplinario “que consulte garantías procesales para los funcionarios y estudiantes y contemplar un recurso de apelación ante la misma Junta en el caso de aplicación de aplicación de medidas disciplinarias de exoneración al personal o que causen al alumnado una interrupción de sus estudios o la cancelación de sus matrículas”. Teniendo presente este contexto, la Corte razona:

“Que la interpretación armónica de tales disposiciones permite concluir que, en la especie, el recurso de apelación se ha previsto como un mecanismo de garantía que cede, exclusivamente, en beneficio del sancionado, esto es, que tiende a cautelar sus intereses, en cuanto a que los mismos sólo pueden verse afectados a través de un castigo preestablecido e impuesto

---

(1981) II. 5° 92113; *Ahumada Callao*, ídem II. 5° 138147; *Pérez Barrientos*, ídem II. 5° 162165, *Orellana Arce*, t. 79 (1982) II. 5° 68. De igual forma consúltese Eduardo SOTO KLOSS, “Recurso de protección y derecho de los estudiantes”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 78, pp. 83-98.

Una línea coherente de jurisprudencia en orden a declarar ilegal y arbitraria las medidas disciplinarias de expulsión fue establecida por la Corte Suprema en *Cerro Saavedra* (RDJ, t. 77, 1980, II. 2° 178186) y *Rojas Bascur* (ídem II. 1° 109111).

<sup>47</sup> SCS, Cuarta Sala (Especial), Rol N° 2621, de 16 de septiembre de 1998.

con motivo de un procedimiento debido o legalmente tramitado. En tal sentido, entonces, es claro que la intervención de la Junta Directiva se orienta a revisar la legalidad de la medida aplicada, vale decir, a determinar si es o no procedente su imposición, mas no la facultad para elevar o incrementar el rigor de la inicialmente adoptada. Sólo puede mantenerla, reducirla o, en su caso, dejarla sin efecto”<sup>48</sup>.

En fin, con motivos de las movilizaciones estudiantiles que surgen a fines de la primera década del milenio las autoridades de diversos centros de educación adoptaron medidas disciplinarias que nos recuerdan los primeros años de dictadura. En efecto, como una forma de imponer el orden frente a los persistentes procesos “tomas” de establecimientos realizadas por alumnos del sistema público y privado de enseñanza, las autoridades educacionales adoptaron una serie de medidas disciplinarias que fueron desde la no renovación de matrículas, el reingreso de alumnos bajo condicionalidad y el no reintegro a clases de los alumnos, debiendo cumplir un calendario especial de evaluación para cerrar el proceso evaluativo.

Sin embargo, y teniendo muy presente la buena doctrina, los tribunales de justicia no han dudado en reconocer el derecho a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos del estudiante, o derecho a un debido proceso legal.

Tal situación ocurre en *Bugueño Hormazabal y otros en contra de la Directora del Centro Educacional Piamartino C.E.P., Carolina Llona de Cuevas*, por el que padres y apoderados de 16 alumnos dedujeron un recurso de protección en contra del establecimiento educacional por la expulsión de sus hijos<sup>49</sup>. En los hechos, el 12 de octubre de 2006 un grupo de alumnos ocupó los patios del establecimiento educacional y obstaculizó con sillas, mesas y cadenas el ingreso al establecimiento a toda persona con el objeto de reclamar por las medidas educacionales adoptadas por el Gobierno “o más bien por la falta de medidas adoptadas”. Cabe notar que el acto de protesta concluyó con el desalojo de los alumnos por parte de Carabineros de Chile.

La recurrida explicó que el centro educacional se encontraba sometido al régimen de establecimientos que reciben subvención del Estado y que las medidas adoptadas estaban previstas por el manual de convivencia

<sup>48</sup> SCS, Rol 2.621-98, considerando 3°

<sup>49</sup> *Ximena Bugueño Hormazabal y otros con Elena Opazo Villa*, SCAA de Santiago, Rol N° 5717-2006, de fecha 12 de diciembre de 2006. SCS, Tercera Sala (Constitucional) 2007-01-30. Las medidas adoptadas por la dirección del establecimiento consistieron en sanciones de reingreso bajo condicionalidad y no reintegro a clases, debiendo al efecto cumplir con un calendario especial de evaluación y cancelación de matrícula.

escolar, el que era conocido y aceptado por los apoderados y alumnos del establecimiento. Agregó que las sanciones disciplinarias fueron informadas en su oportunidad al Departamento de Educación Provincial y que ninguna de ellas habría afectado la dignidad de las personas, ni expuesto a situaciones denigrantes, ni perjudicado el proceso educativo de los alumnos, desde el momento en que se fijaron fechas de pruebas y exámenes que garantizarían la evaluación de sus conocimientos.

Por su parte, los recurrentes calificaron de ilegales y arbitrarias las medidas adoptadas por el establecimiento por cuanto vulnerarían los derechos constitucionales consagrados en los artículos 19 N° 2, 3 incisos 4° y 5°, y artículos 4°, 12 y 24 de la Constitución Política de la República y la ley 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los órganos de la Administración del Estado.

Frente a estos hechos la Corte calificó las medidas como arbitrarias “ya que en su imposición no ha existido ni racionalidad ni proporcionalidad y no ha habido razón de real peso que las justifique”. En efecto,

“en la especie no se ha establecido siquiera que se trate de una ocupación o toma violenta, sino que, por el contrario, sin perjuicio de que la toma cuestionada afectó solamente a una parte mínima del local en que funciona el establecimiento de educación de que se trata, no existe duda que se trató de un acto pacífico”,

y declara que

“resulta obvio que dicho movimiento fue motivado por aspiraciones propias de estudiantes jóvenes, que ven con preocupación no solamente su futuro, sino que su actual realidad académica, que deriva de un sistema educacional que, como es público y notorio, se encuentra fuertemente cuestionado y es objeto de estudios para modificarlo”<sup>50</sup>.

Guiados por estas razones, los tribunales superiores de justicia ordenaron dejar sin efecto las medidas impuestas por el establecimiento educacional en perjuicio de los alumnos.

Un último caso en materia del derecho a la educación y el debido proceso, pero esta vez desde la perspectiva del uso indiscriminado y arbitrario de las potestades públicas. Se trata de la causa caratulada *Emilio Fernando Balmaceda Jarufe con Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*<sup>51</sup>. En

---

<sup>50</sup> SCAA de Santiago, Rol N° 5717-2006, de fecha 12 de diciembre de 2006, considerando 4°.

<sup>51</sup> SCS Rol N° 59232008, de fecha 15 de enero de 2009, que rectifica SCAA de

2007 un ciudadano se enteró por intermedio de la página web del Servicio de Impuestos Internos que parte de la devolución de impuesto a la renta a que tenía derecho había sido retenida por segunda vez por el Servicio de Tesorería sobre la base de una supuesta deuda de crédito universitario<sup>52</sup>. En concreto, la deuda se habría originado el año 1988, fecha en la cual el afectado había suscrito un pagaré a favor de la entidad universitaria en la que cursó su primer año de educación superior, documento que al momento de la demanda en 2007 se encontraba vencido y ascendía a 11,36 UTM (un millón doscientos cincuenta y seis pesos) por concepto de amortizaciones, intereses y multas sin contar con una retención que ya se le había efectuado el año anterior.

La estrategia judicial de la recurrente se sustentó en dos líneas de acción. La primera, deducir un recurso de protección por violación de sus derechos. La segunda, interponer un recurso de inaplicabilidad de la normativa legal que autorizaba la retención y descuento del crédito fiscal.

Así, ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso la recurrente alegó que el acto de autoridad había conculcado el derecho que tienen las personas a la propiedad de las cosas incorporales (en la especie, el crédito fiscal). Por su parte, la Universidad recurrida, en su calidad de administradora del Fondo de Crédito Solidario, fundó su proceder en base a las normas que habilitaban el cobro y descuento de la devolución fiscal por concepto del crédito universitario insoluto. Siguiendo este último razonamiento, la Corte de Apelaciones rechazó el recurso, declarándose incompetente para conocer del fondo del asunto.

Sin embargo, y como ya se advirtió, la estrategia judicial de la recurrente fue más allá del recurso de protección. De esa forma, solicitó la suspensión del procedimiento de tutela en tanto no se resolviera la acción de inaplicabilidad deducida ante el Tribunal Constitucional en la causa Rol N° 808-2007.

Una vez que el Tribunal Constitucional declaró la inaplicabilidad de las normas de cobro y retención

“sobre la base que tanto los órganos judiciales como los administrativos cuando han de resolver un asunto que implique el ejercicio de la juris-

---

Valparaíso, Rol 302, de 2006, y acoge recurso sobre la base de STCCH N° 808 de 2007, que declara la inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

<sup>52</sup> Créditos regidos por el artículo 70 original de la ley N° 18.591, de 1987. Cabe señalar que dicha norma sobre crédito fiscal, fue modificada de manera sucesiva por las leyes N° 19.287 de 1994, sobre Fondo Solidario de Crédito Universitario, y la ley 19.989 de 31 de diciembre de 2004, que faculta a la Tesorería General de la República para retener fondos de devolución del impuesto a la renta e imputarlos al pago de la deuda universitaria.

dicción, han de hacerlo con fundamento en el proceso que previamente se incoe, el que ha de tramitarse de acuerdo a las reglas que señale la ley, la que siempre, esto es, sin excepción alguna, ha de contemplar un procedimiento que merezca el calificativo de racional y justo, todo lo que se desprende del artículo 19 N° 3 incisos primero, cuarto y quinto”,

la Corte Suprema rectificó el fallo de primera instancia y dictaminó en favor de la requirente.

Cabe agregar que para este efecto el tribunal de alzada reprodujo lo razonado por el Tribunal Constitucional. En tal sentido, expuso que dado que la Tesorería General de la República retuvo

“la devolución anual de impuestos que corresponde a los contribuyentes que aparecen como deudores de créditos universitarios los montos de dicho crédito que se encontraren impagos, con la sola información que le proporciona el administrador del Fondo Solidario de Crédito Universitario respectivo, sin dar oportunidad al aparente deudor a presentar otro descargo que no sea el certificado de pago emitido por dicho Administrador”,

la medida administrativa no satisfizo “las exigencias mínimas de un racional y justo procedimiento”<sup>53</sup>.

En consecuencia, teniendo presente que el acto de autoridad se realizó conforme a una norma que fue declarada inaplicable, para ese caso, por vulnerar los “derechos de aquellos que protege la Constitución Política de la República en el artículo 20 de la misma”, la Corte Suprema acogió el recurso de protección, ordenando rectificar el fallo de primera instancia.

#### *4) El derecho a la educación en virtud del derecho que tienen los padres de elegir la enseñanza de sus hijos*

El artículo 19 N° 11 de la Constitución reconoce el derecho que tienen los padres para escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos.

La garantía dice relación con

“la atribución de los padres para elegir libremente el establecimiento en donde pueden matricular a sus hijos, sin que para ello puedan ser objeto de presión o amenaza, ya sea por parte de particulares, organismos diversos, o del Estado”.

---

<sup>53</sup> Considerando cuarto de SCS Rol N° 59232008, de fecha 15 de enero de 2009.

Sin embargo, la libertad de elección no es oponible a la autonomía que goza el establecimiento “preferido por los padres” al punto que se encuentren en la obligación de “aceptar, a todo evento, la matrícula pretendida”<sup>54</sup>.

En este sentido, la Corte ha señalado

“que si bien los padres pueden elegir el Colegio donde deseen que sus hijos estudien, tal garantía constitucional tiene como contrapartida el derecho de los colegios de aceptar o no a quienes pretenden integrarse a los mismos o continuar sus estudios, ello de acuerdo a la reglamentación de los establecimientos educacionales y a la observancia de sus normas y principios”<sup>55</sup>.

De igual forma ha dictaminado que:

“dicha elección comprende un *acto previo de carácter inicial, que se agota al expresarla*, y por tanto no permite exigir la permanencia del alumno en el establecimiento de enseñanza”<sup>56</sup>

Lo razonado sería coherente con la facultad que tiene el sostenedor para negar la matrícula de un estudiante con malos antecedentes conductuales. En este sentido la Corte se ha pronunciado a favor del sostenedor para rechazar la matrícula de alumnos aun cuando la autoridad administrativa exija el respeto a la libertad de los padres para elegir el establecimiento educacional<sup>57</sup>.

“Esto no significa de manera alguna privar a los recurrentes, supuestos padres, de su derecho para escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos, puesto que tal derecho dice relación con la facultad de elección

---

<sup>54</sup> *Figueroa Sterquel* SCAA de Valparaíso, 12.3.1987, Rol N° 29-87, confirmada por SCS el 31.3.1987, Rol N° 10.339. La afectada por la medida disciplinaria era alumno del Liceo Eduardo de la Barra.

<sup>55</sup> *De Castro*, SCAA de Santiago Rol N° 32-87 de 25.2.1987, considerando 2°, (apelación desistida).

<sup>56</sup> *Centro de Padres y Apoderados y profesores Scuola Italiana Dante Alighieri con Corporación Stadio Italiano y Sociedad Inmobiliaria Italiana S.A.*, SCAA de Santiago, Rol N° 4383-2001, de 26 de noviembre de 2011, confirmada por SCS Rol N° 4.967-2001, considerando 5°.

<sup>57</sup> *Ojeda Vidal y otros* SCAA de Valparaíso, Rol N° 19-87 considerando 4°: “Nada de lo anterior varía con la referencia a la libertad de enseñanza que formula la Secretaría Ministerial de Educación (...), porque si bien los padres pueden elegir el establecimiento educacional que deseen para su hijos, esos establecimientos pueden, a su turno, formular exigencias para aceptar la matrícula, las cuales serán legales y no arbitrarias en la medida en que se refieran a aspectos relevantes para el proceso educativo. Y requerir previamente un tratamiento y una mejoría respecto de una conducta probadamente mala, sin duda lo es”.

del plantel que prefieran sin coacción externa de persona alguna o del Estado para aceptar sólo determinado establecimiento y no otro; y no obliga a la entidad educacional escogida para aceptar una matrícula contraria a una reglamentación interna, en razón de su autonomía conforme a su estatuto como persona jurídica de derecho privado. Sin embargo, se les informó a los padres que tenían matrícula disponible en otros liceos de la comuna, lo que pone de manifiesto la intención de la Corporación de cooperar con ellos en dicha tarea, siendo absolutamente libres para aceptarlo, precisamente, en ejercicio de su derecho para escoger el establecimiento de enseñanza”<sup>58</sup>.

Un criterio similar se adopta en *Centro de Padres y Apoderados y profesores Scuola Italiana Dante Alighieri con Corporación Stadio Italiano y Sociedad Inmobiliaria Italiana* a propósito del cierre de un establecimiento educacional por parte de su sostenedor.

En este caso, los padres y apoderados del establecimiento interpusieron un recurso de protección en contra del sostenedor por sentir vulnerada su libertad de elección ante la inminencia de la medida de cierre. Por su parte, la recurrida justificó la medida en la falta de recursos así como en diversos problemas de orden financiero.

En esa oportunidad la Corte sostuvo que

“al tratarse de un establecimiento privado, autónomo e independiente, posee amplias facultades para adoptar la medida del cierre de la enseñanza básica, basado en las razones que justificaron la adopción de la medida”<sup>59</sup>.

Otro caso emblemático en materia del derecho preferente que tienen los padres para educar a sus hijos acontece en *Corporación Municipal de Educación y Salud de la Florida contra Ministerio de Salud*, a propósito de la distribución de la píldora anticonceptiva o píldora del día después<sup>60</sup>.

<sup>58</sup> *Ojeda Vidal y otros*, SCAA de Valparaíso, Rol N° 19-87, de 6.3.1987, confirmada por SCS N° Rol N° 10.329, de 31.3.1987, considerando 5°; *Soto Silva, Guillermo con Corporación Municipal para el desarrollo social-Viña del Mar* SCAA de Valparaíso Rol N° 424-93, confirmada por SCS Rol N° 22.356, de 4.1.1994, considerando 3°, que reitera la doctrina sobre la naturaleza “previa e inicial, que se agota al momento de expresarse la elección”.

<sup>59</sup> *Centro de Padres y Apoderados y profesores Scuola Italiana Dante Alighieri con Corporación Stadio Italiano y Sociedad Inmobiliaria Italiana S.A.*, SCAA de Santiago, Rol N° 4383-2001, de 26 de noviembre de 2011, confirmada por SCS Rol N° 4.967-2001, de 8 de enero 2002 (revista *Fallos del Mes* 498, mayo 2000), considerando 7°.

<sup>60</sup> SCA de Santiago, Rol N° 4693-2006, de 10 de noviembre de 2006. Cabe señalar que el debate sobre la píldora del día después no se encuentra circunscrito a esta causa. Ya la SCS Rol N° 2.186, de 30 de agosto de 2001, falla la materia. Nuevamente la SCS de 28 de noviembre de 2005 conoce y resuelve vía casación la materia. Finalmente el asunto será sancionado por la STC Rol N° 740 en el año 2008.

En esa oportunidad un grupo de padres dedujo una acción en contra de la autoridad sanitaria por sentir menoscabado, entre otras garantías, el derecho preferente de educar a sus hijos.

Para fundamentar el recurso, los recurrentes sostuvieron que el Ministerio de Salud se habría excedido en sus atribuciones al desconocer “caprichosamente y sin fundamento jurídico los derechos y obligaciones que entre los padres y los hijos establece nuestro ordenamiento”.

La Corte de Apelaciones desechó los argumentos de los recurrentes aludiendo a las facultades legales que detentarían las autoridades de gobierno para desarrollar políticas concernientes al control de la natalidad y que en cuanto “al derecho de libertad de educación (...) y al deber del Estado de otorgar especial protección a su ejercicio”, no advierte que se le haya afectado, por cuanto la medida en cuestión no alcanza el derecho preferente de los padres ya que “además de no estar orientado a influir en la adopción de conductas no impide su ejercicio”. En tal sentido, la Corte razonó de la siguiente forma:

“Lo padres, no obstante el acto cuestionado, siempre podrán educar a sus hijos en las cuestiones de la sexualidad y la regulación de la fertilidad de la manera que en su concepto les parezca adecuada, incluso expresamente podrán formularlos para que no recurran en circunstancia alguna a la ingesta del anticonceptivo de emergencia, sin que su afán de contrariar la política gubernamental pueda acarrearles consecuencia negativa alguna, porque importa el ejercicio del derecho constitucional de educar a los hijos”<sup>61</sup>.

“En lo tocante a la libertad de conciencia, esto es a la posibilidad de sostener creencias sin intervención del Estado, [la Corte no advierte] cómo podría afectarse tal garantía con una instrucción administrativa atinente a la fertilidad que de ningún modo impone a los menores obligaciones relativas a su contenido”<sup>62</sup>.

Teniendo en cuenta los antecedentes descritos, el tribunal de alzada sostuvo que la política de control de natalidad no afectaba el derecho de los padres en la educación de sus hijos<sup>63</sup>.

<sup>61</sup> SCA de Santiago, Rol N° 4623-2006, de 10 de noviembre de 2006, considerando 7°. De igual forma, la Corte de Apelaciones exige que se encuentre probada la afectación de un derecho mediante “un resultado antijurídico que ha de consistir en su cesación o disminución”.

<sup>62</sup> SCA de Santiago, Rol N° 4623-2006, de 10 de noviembre de 2006, considerando 7°, último párrafo.

<sup>63</sup> Sobre la controversia científica y ontológica, y el significado dogmático y filosófico del artículo 19 de la Constitución consúltense entre otros Julio ALVEAR y Vanesa CISTERNA



El debate sobre “la píldora del día después” no se agotó en esta instancia. Así, el 5 de marzo de 2007 fue presentado un requerimiento ante el Tribunal Constitucional y el 18 de abril de 2008 se declaró la inconstitucionalidad del acto administrativo que autorizó la distribución del anticonceptivo con tres votos disidentes<sup>64</sup>.

Resulta extraño cómo la vida del que está por nacer puede ser cuestionada por una política sanitaria.

“La persona humana no se adquiere con el tiempo ni puede lógicamente considerarse que el hombre parta siendo una cosa para después llegar a ser persona: “no existe un tránsito paulatino desde algo a alguien...”<sup>65</sup>.

Nada más equívoco y contradictorio que concebir el *progreso humano* sin un efectivo régimen de garantías en favor del más débil.

### 5) *El derecho a la educación y el derecho de propiedad*

Desde los inicios de la Constitución la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia se ha inclinado para aceptar la tesis de que el derecho a la educación puede ser tutelado en virtud del derecho de propiedad.

El caso *Rojas Bancur con Universidad de Concepción* fijó en 1980 un primer precedente en materia de derecho de propiedad y educación. No obstante reconocer la Corte que el derecho a la educación no se encontraba “constitucionalmente protegido por el recurso”, reconoce que

“si este derecho se trueca en un asunto de dominio sobre una cosa incorporal pertinente al sistema educativo, como por ejemplo el *derecho relativo a un título universitario* o a las *calificaciones necesarias para obte-*

---

ROJAS, “La sentencia del tribunal Constitucional sobre la píldora del día después” pp. 23-54; Ángela VIVANCO MARTÍNEZ, “La píldora del día después”, pp. 543-577; Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, “Análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional Chileno sobre el decreto supremo que regula la distribución de la píldora del día después (Levonorgestrel O.75 Mg)” pp. 361-372; Andrés BORDALI SALAMANCA y Yanira ZÚÑIGA AÑAZCO, “Análisis del fallo del tribunal Constitucional sobre la píldora del día después” pp. 173-182.

<sup>64</sup> STC, Rol N° 740-07-CDS. Sobre la educación formal e informal, y el carácter confidencial sin consentimiento ni conocimiento de los padres del servicio de consejería sobre el uso y entrega de la píldora y el derecho de los padres para educar a sus hijos consúltense los considerandos decimotercero al decimoséptimo.

<sup>65</sup> Citando a SPAEMANN, Ángela VIVANCO MARTÍNEZ, “La píldora del día después” pp. 543-577.

nerlo, existe protección constitucional a favor del interesado que por un acto arbitrario e ilegal sea privado del dominio que tiene sobre un título o sobre una calificación”<sup>66</sup>.

La sentencia compara el derecho a la educación con el derecho al trabajo indicando que, no obstante tratarse de dos derechos sin protección constitucional, uno

“tiene una perentoria protección legal de la judicatura en su ejercicio concreto actual por medio de la ley (...); mientras que el derecho a la educación no tiene en concreto protección judicial alguna, sino en cuanto se compromete el dominio de algún bien incorporal relacionado con ella”.

Bajo esa perspectiva la Corte declara que aun cuando la naturaleza jurídica de la matrícula de los alumnos universitarios no es controvertida

“se afirma que las calificaciones de los alumnos son suyas y una vez obtenidas no pueden ser desposeídos del derecho que tienen para lograr en ellas el título universitario, salvo las facultades del Rector ejercitadas reglamentariamente”<sup>67</sup>.

En *Cerro Saavedra* se reconoce que “durante la vigencia de un estado de emergencia” no existe “precepto alguno” (como era la ley de Seguridad Interior del Estado)

“que faculte limitar la entrega del título profesional a un egresado de Universidades reconocidas por el país, cuando éste ha cumplido con todos los requisitos reglamentarios”<sup>68</sup>.

<sup>66</sup> SCAA de Concepción, Rol N° 4.665, de 31.10.1980, confirmada por SCS Rol N° 14.646 de 25.11.1980, considerando N° 3°

<sup>67</sup> SCAA de Concepción, Rol N° 4.665, considerando 5°, letras a y b.

<sup>68</sup> SCAA de Concepción 13.10.1980, rol 4.642, confirmada por SCS, Rol N° 14.606, de 28.10.1980 (caso *Cerro Saavedra, o Aida Cerro*) en RCHD y J, t.77 (1980), II.2. 178-186. La recurrente era egresada de la Escuela de Servicio Social, la que habiendo aprobado su examen de titulación y práctica profesional se le aplica medida disciplinaria de cancelación de matrícula por desarrollar actividades políticas, observar una conducta reñida con la buena convivencia estudiantil, e infringir las directivas y normas reglamentarias de la Universidad. La agraviada deduce RP por encontrarse lesionado su “legítimo derecho para obtener un título profesional logrado a través de los años de estudios”.

Otros casos sobre el derecho de propiedad y la actividad educativa durante el primer período de vigencia de la Constitución son: *Rojas Bancur*, SCAA de Concepción, Rol 4.665, de 31.10.1980, confirmada por SCS Rol N° 14.646, de 25.11.1980; *Ahumada Collao*, SCAA de Santiago Rol N° 24-81 de 29.5.1981 confirmada por SCS el 28.7.1981 (con un voto en contra); *Pérez Barrientos*, SCAA de Valparaíso, Rol N° 39-81 de 15.5.1981, confirmada por SCS Rol N° 15.006, el 8.6.1981, con dos votos en contra que adhieren a

Con todo, la jurisprudencia ha condicionado la condición de estudiante bajo cuatro circunstancias para considerarla como una cosa incorporal susceptible de propiedad y, por tanto, objeto de tutela constitucional. Básicamente estas circunstancias se supeditan a cuatro posiciones jurídicas, a saber:

- Haber cumplido el afectado titular del dominio todos los requisitos reglamentarios, como tener aprobada la carrera y cumplidas todas las exigencias curriculares dispuestas por el centro de enseñanza.
- Que se trate de derechos reales que se tienen sobre una cosa sin respecto a determinada persona.
- Que se trate de derechos personales, esto es, que puedan reclamarse de ciertas personas que por hecho suyo o la sola disposición de la ley han contraído una obligación correlativa.
- Los derechos que no forman parte del patrimonio de una persona y que carecen de significación económica, los que no están dotados de acción para reclamar su reconocimiento, los que no pueden ser transferidos ni transmitidos, y los que poseen una fuente de obligación correlativa, no pueden ni deben ser considerados como parte del derecho de propiedad.

En síntesis:

“No toda la gama de derechos son cosas incorporales susceptibles de propiedad; únicamente lo son los derechos reales y personales (artículo 576 del Código Civil), es decir, los que tenemos sobre una cosa sin respecto de determinada persona (artículo 577 del Código Civil) y los que pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas (artículo 578 del Código Civil); de suerte que los que no componen el patrimonio por carecer de significación económica, los que no son apreciables en dinero aunque causen secuelas pecuniarias, no son cosas incorporales comprendidas en el derecho de propiedad, y evidencia de ello es que el artículo 19 de la Constitución hubo de asegurar, independientemente del derecho de propiedad sobre bienes incorporales, diversos otros derechos, como son el derecho a la vida, a la educación, el de asociación, etc., que de haber sido estimados como cosas incorporales integrantes del derecho de propiedad, habría resultado superfluo darles garantías por separado”<sup>69</sup>.

---

opinión disidente de primera instancia; *Paredes Paredes*, SCAA de Santiago rol N° 117-80, 2.3.1981, confirmada por SCS Rol N° 14.871 de 24.3.1981; *Sáez Paiva*, Rol N° 116-80 de 30.1.1981, confirmada por SCS Rol N° 14.831 de 7.4.1981; *Cantillana Dona*, SCAA Rol N° 115-80 de 30.1.1981, confirmada por SCS Rol N° 14.832 de 12.3.1981. Eduardo SOTO KLOSS, “Recurso de Protección y Derechos de los Estudiantes”.

<sup>69</sup> *Olivos Marín con Vicerrector Académico de la Universidad de Santiago*, de enero de 1983, RDJ 62-77. Considerando 5°. En el mismo sentido *Ahumada Callao*, SCAA de

Es en función de

“la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes” y “el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales” que “el aludido artículo 19 en sus N<sup>os</sup> 23 y 24 de la Constitución se está refiriendo tanto al dominio de que trata el artículo 582 del Código Civil, esto es, al que recae sobre cosas corporales, es decir, sobre las cosas que tienen un ser real y que pueden ser percibidas por los sentidos (artículo 565 del Código Civil), así como la propiedad sobre cosas incorporales que contempla el artículo 585 del citado Código, o sea la que versa sobre cosas que consisten en meros derechos (artículo 565 del Código Civil)”<sup>70</sup>.

Con todo, mientras el afectado no cumpla con los requisitos necesarios para obtener un título o grado académico, la jurisprudencia ha estimado que se trata de meras expectativas no susceptibles de tutela judicial.

Igual cosa se ha resuelto frente al reclamo deducido por apoderados por el cierre de establecimientos educacionales. En este plano, la Corte ha dictaminado que los alumnos

“no tienen derechos adquiridos sobre la calidad de alumnos del colegio para los años siguientes que eventualmente puedan cursar en dicho centro educacional, y sólo pueden gozar de una *mera expectativa* para continuar en dicho establecimiento”<sup>71</sup>.

La materia del transporte escolar ha sido la detonante de largos debates incluso con implicancias que trascendieron al plano nacional<sup>72</sup>. A propósito de la prevalencia del derecho de propiedad en materia de transporte escolar fue deducido un recurso por la Municipalidad de Puerto Montt contra una resolución judicial dictada por un Juez de Garantía<sup>73</sup>.

---

Santiago, Rol 24-81 de 29.5.1981, confirmada por SCS el 28.7.1981; y que desarrolla en detalle esta doctrina.

<sup>70</sup> *Olivos Marín con Vicerrector Académico de la Universidad de Santiago*.

<sup>71</sup> *Centro de Padres y Apoderados y profesores Scuola Italiana Dante Alighieri con Corporación Stadio Italiano y Sociedad Inmobiliaria Italiana S.A.* SCAA de Santiago, Rol N° 4383-2001, de 26 de noviembre de 2011, confirmada por SCS Rol N° 4.967-2001, de 8 de enero 2002 considerando 6°.

<sup>72</sup> Recordemos que dentro de las demandas que dan origen a las movilizaciones estudiantiles de 2006 se encontraba la gratuidad del transporte o “pase escolar”. Juan Andrés, GONZÁLEZ TUGAS, “Breve análisis sobre la evolución jurídico-constitucional del derecho a la educación...” p. 115.

<sup>73</sup> SCAA de Puerto Montt, Rol N° 152/2010, de 30 de junio de 2010. La Ilustre Municipalidad de Puerto Montt durante el año 2009 adquirió, a título de donación, una dotación de vehículos motorizados usados, específicamente buses escolares

En esa oportunidad el juez dictó una resolución que ordenó la incautación de doce vehículos y decretó la prohibición de circulación de los mismos, imposibilitando la prestación gratuita del servicio de transporte a los estudiantes. Frente a lo resuelto el municipio dedujo recurso de protección en contra de la resolución judicial.

La Corte de Apelaciones acogió el recurso al entender “que, tratándose de resoluciones judiciales que afectan a terceros que no son parte en el juicio y se ven perjudicados con la privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías que les asisten, puede ser invocada esta herramienta constitucional” de protección y estimar que se había vulnerado el derecho del sostenedor “y los destinatarios del servicio gratuito de locomoción que los buses prestan, es decir, un número importante de escolares en la comuna”<sup>74</sup>.

### 6) *El derecho a la educación y la libertad para adquirir el dominio sobre toda clase de bienes*

Con igual celo privatista, respecto del derecho de propiedad, la jurisprudencia de los tribunales superiores han tutelado la educación desde la libertad de adquirir el dominio sobre toda clase de bienes. En tal sentido, a consecuencia del Caso *Cerro Saavedra* la Corte de Apelaciones de Santiago profundiza la doctrina del derecho de propiedad en el ámbito de la educación y la extiende a la libertad de adquirir el dominio.

En tal sentido, el caso *Rojas Bancur* reconoce que (de conformidad a lo previsto por el Acta Constitucional N° 3, artículo 1°, N° 15) el recurso de protección no sólo ampara o protege el dominio sobre cosa incorporal, sino también la libertad para adquirir el dominio sobre toda clase de bienes, salvo que se hubiesen cometido infracciones a la reglamentación que den lugar a la aplicación de alguna medida disciplinaria por parte del Rector, como era la cancelación de la calidad de alumna<sup>75</sup>.

---

reacondicionados cuyo destino sería el transporte de estudiantes de educación básica y media de distintos sectores rurales de la comuna. Los buses fueron incautados a solicitud del Servicio Nacional de Aduanas que determinó que eran objeto de internación ilegal.

<sup>74</sup> SCAA de Puerto Montt, Rol N° 152/2010, de 30 de junio de 2010, considerandos 8 y 12.

<sup>75</sup> *Rojas Bancur*, SCS considerando 3° letra c) que confirma SCAA. El caso en cuestión marca precedente no sólo por incorporar la libertad de adquirir el dominio sino por profundizar los argumentos que posibilitaban la aplicabilidad del derecho de propiedad en materia de educación. En definitiva el recurso es procedente y se concede protección a la recurrente.

En consecuencia, para reclamar la libertad de adquirir el dominio de toda clase de bienes

“debe hacerse cumpliendo con todos los requisitos legales y reglamentarios que correspondan a cada caso en particular, en forma tal que sólo el hecho de ingresar un estudiante a una universidad no adquiere, conforme sostiene el recurrente, el derecho a obtener un título o grado de los que otorgue dicho establecimiento educacional, sino solamente la expectativa de llegar a lograrlo cumpliendo con las exigencias académicas y demás normas legales y reglamentarias que procedan en cada caso particular”<sup>76</sup>.

Por tanto, la Corte estimó que el derecho del alumno universitario a la obtención de un título o grado no es un derecho absoluto, por cuanto se considera como “requisito esencial para obtener el título o grado el respeto de los principios que rigen a dicho establecimiento educacional”, como asimismo la observancia de los reglamentos “que emanan de la potestad a que libremente se somete [el estudiante] al recabar y obtener la correspondiente matrícula”<sup>77</sup>. Por tanto, toda vez que el alumno infrinja la normativa vigente, precluye la posibilidad de reclamar la libertad de adquirir el dominio desde que el recurrente se coloca en la imposibilidad de obtenerla.

## 7) Conclusiones

Llama la atención cómo la jurisprudencia ha tutelado el derecho a la educación no en cuanto tal, sino en cuanto a otros derechos conceptualmente autónomos como el derecho a la vida y a la integridad física, la igualdad ante la ley, y el debido proceso legal. De igual modo la jurisprudencia ha tutelado este derecho a través de la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio de todos los cultos. También lo ha hecho a través del derecho de propiedad. Y es que el haz de protección que dimana de estos derechos clásicos es capaz de tutelar otras esferas o ámbitos de la actividad educativa para cuyo efecto no se requiere la consagración de un derecho constitucional. Tal es el caso de la educación de adultos, la educación de personas con discapacidad, las expulsiones ilegales y arbitrarias de alumnos de establecimientos educacionales, el cobro de matrículas por razones ajenas al mérito, o la selección de alumnos por

<sup>76</sup> *Rojas Bancur*, SCS considerando 14°.

<sup>77</sup> *Grimblatt Hinzpeter*, SCAA Valparaíso, rol N° 273-83 de 26.9.1983, confirmada por SCS Rol N° 17.437 de 18.12.1986.

motivos sociales o económicos. Tomando en consideración lo expuesto es posible afirmar las siguientes hipótesis:

Primera: Que la constitucionalización del derecho a la educación, en cuanto derecho de prestación, no tiene consecuencias jurídicas directas, en el sentido de que no es justiciable. Y esto sucede no únicamente debido a la omisión en la que incurre el artículo 20 de la Constitución, relativa a las causales de protección, sino por cuanto las materias a que alude el enunciado constitucional no son una condición suficiente necesaria para la justiciabilidad de la norma en el plano material.

De esta forma, la tutela del derecho a la educación no escapa a la realidad de los derechos sociales. En efecto, dado el carácter prestacional, el derecho a la educación no puede ser directamente exigible. Para que ello suceda, esto es, para que su contenido se transforme en una facultad justiciable, se hace necesario un desarrollo en el plano infraconstitucional.

Por otra parte, identificar el derecho a la educación como una garantía constitucional no altera su verdadera naturaleza jurídica. Se trata de una norma de carácter relativo, no absoluto, que se encuentra sujeta a una multiplicidad de intereses y circunstancias que determinan su contenido. Y es que las cosas no cambian mucho cuando los derechos sociales, entre ellos el derecho a la educación, se constitucionalizan.

En consecuencia, es la ley y no la Constitución el plano jurídico en el que resulta razonable prescribir el contenido del derecho a la educación. Y es que por muy extensa que sea su redacción, el contenido siempre parecerá insatisfactorio e insuficiente en relación a los objetivos y alcances que puede abordar la actividad educativa. Desde esta perspectiva una Constitución que prescriba en detalle un derecho social no dicen mucho sobre la tutela del mismo.

Por esta razón la tutela constitucional del derecho a la educación no se logra en función del contenido propio del precepto previsto en la norma constitucional, sino en virtud de otros derechos clásicos, como el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de las personas, la garantía de igualdad ante la ley, la libertad de expresión, el debido proceso, la libertad de asociación, la autonomía contractual y el derecho de propiedad.

Segunda: Que la constitucionalización del derecho a la educación puede servir, a lo más, para que relacionándolo con otros derechos constitucionales, se tutelen judicialmente ciertas situaciones en las que se ve afectada la actividad educativa, pero siempre de manera indirecta.

Así, aun cuando el artículo 20 de la Constitución no tutela los derechos sociales de prestación, la jurisprudencia le ha conferido tutela a través de derechos clásicos, como es el caso del derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona, la igualdad ante la ley, el derecho a no ser

juzgado por comisiones especiales sino por el tribunal que señale la ley, la libertad de enseñanza, la libertad de emitir opinión y la de informar, la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes y el derecho de propiedad. Por consiguiente, toda vez que la esfera de los derechos sociales se conecta o comparte el contenido de los derechos clásicos, la jurisprudencia no ha dudado en otorgarles protección. Así ha sucedido, por ejemplo, con el derecho a la vida en relación a las prestaciones de un contrato de salud<sup>78</sup>.

Tercera: Que los derechos constitucionales de contenido clásico son suficientes para tutelar los distintos ámbitos o esferas de conflicto que impliquen una efectiva transgresión de los derechos individuales en el contexto de la actividad educativa. Incluso más, en algunos casos, y por la misma vía de vincular el derecho a la educación a derechos y libertades clásicos, la jurisprudencia ha reconocido indirectamente el derecho a algunas prestaciones mínimas, como por ejemplo el derecho a recibir la subvención educacional en condiciones de igualdad.

Este planteamiento dista de ser un enfoque escéptico sobre los derechos constitucionales en cuanto tales, sino todo lo contrario, implica una revalorización de su contenido y trascendencia en el ámbito social.

Cuarta: Que, por último, otra cosa muy distinta al sentido de urgencia que se le confiere al proceso de constitucionalización de normas de relevancia social es la necesidad de contar con una adecuada regulación en el nivel infraconstitucional, capaz de describir cada una de las situaciones en las que realmente el derecho a la educación adquiere cuerpo, y por así decirlo, cierta autonomía conceptual.

Sobre esta base descansa la política educativa y el correcto funcionamiento de un sistema educacional equitativo y de calidad.

## 8) Bibliografía

ALVEAR, Julio y CISTERNA ROJAS, Vanesa. "La sentencia del tribunal Constitucional sobre la píldora del día después" en *Revista ACTUALIDAD JURÍDICA* N° 18, julio de 2008, Universidad del Desarrollo, pp. 23-54.

---

<sup>78</sup> SCS Rol N° 2635/2005, "1°. Que la importancia que la salud adquiere en la calidad de vida de las personas la ha elevado a la condición de valor jurídico, que da cuerpo al bien de la salud pública, especialmente resguardado por el artículo 19 de la Constitución Política de la República, al garantizar la libertad de acceso al sistema privado o al régimen público de cobertura, sujetando la opción por el primero a un denominado contrato de salud, ciertamente sometido a los principios y reglas de toda relación contractual... 5° que de tal ilegalidad y arbitrariedad se sigue, indudablemente, directo e inmediato atentado al derecho de propiedad que asiste a la demandante sobre las prerrogativas contractuales protectoras de su salud, lo que impele a la Corte a conferir el amparo que se le solicita."



- BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, y ZÚÑIGA AÑAZCO, Yanira. “Análisis del fallo del tribunal Constitucional sobre la píldora del día después”, en *Anuario de Derechos humanos*, pp. 173-182, disponible en [www.anuariodch.uchile.cl](http://www.anuariodch.uchile.cl)
- CASAS, L., CORREA, J., y WILHELM, K.; “Descripción y análisis jurídico del derecho a la educación y la discriminación”, en GONZÁLEZ, F., (ed.) *Discriminación e Interés Público. Cuadernos de Análisis Jurídico, Serie Publicaciones Especiales, N° 12, Universidad Diego Portales*, 2001, pp. 157-230.
- CASAS, L., CORREA, J. “Propuestas de políticas públicas y normativas sobre conductas discriminatorias y abusivas en la selección y marginación escolar”, en GONZÁLEZ, F., *Discriminación e Interés Público (Cuadernos de Análisis Jurídico, Serie Publicaciones Especiales, N° 12, Universidad Diego Portales)*, 2001, pp. 231-264.
- GONZÁLEZ TUGAS, Juan Andrés. “Justificaciones del Racional y Justo procedimiento legal según el artículo 19 n° 3 de la Carta de Derechos Fundamentales Chilena: Garantismo y Racionalidad Constitucional”, en *Tesis para optar al grado académico de Magister en Derecho Público, Mención en Derecho Constitucional*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 2009.
- GONZÁLEZ TUGAS, Juan Andrés; “Breve análisis sobre la evolución jurídico-constitucional del derecho a la educación y la libertad de enseñanza en Chile”, en *Derecho Público Iberoamericano*, N°1, pp. 85-124 [octubre 2012].
- GONZÁLEZ TUGAS, Juan Andrés; “El Derecho a la Educación: naturaleza, contenido y eficacia”; en *Tesis para optar al Grado de Doctor en Derecho* (cod. MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio y PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos), Universidad de los Andes, Santiago, 2014.
- JORDÁN, Tomás. “Elementos configuradores de la tutela jurisprudencial de los derechos educacionales en Chile”, en *Estudios Constitucionales*, Año 7, N° 1, 2009, pp. 177-207.
- JORDÁN, Tomás. “La posición y el valor jurídico de los derechos sociales en la Constitución Chilena”, en *Estudios Constitucionales*, Año 5, N° 2, 2007, pp. 185-204.
- JORDÁN, Tomás. “La tutela indirecta de los derechos sociales en la jurisprudencia constitucional española”, en *Nomos*, Universidad de Viña del Mar, N° 1 (2008), pp. 121-154.
- JORDÁN, Tomás. *La protección de los derechos sociales: Modelos Comparados de Tutela Jurisprudencial (España y Chile)*. Colección de Investigaciones Jurídicas, N° 10, Santiago de Chile: Facultad de Derecho, Universidad Alberto Hurtado, 2006.
- MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio, y LÓPEZ ÁLVAREZ, Luis Felipe. “Jurisprudencia Constitucional Comparada sobre el derecho al medio ambiente: comentario de dos sentencias”, en *Dereito*, v. 2, N°1, (1993), pp. 381-394.
- MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio. “Juez y Constitución en el sistema constitucional angloamericano y en la tradición jurídica europeo-continental”, en *Ius Publicum*, N° 15, 2005, Santiago: Universidad Santo Tomás, 2005, pp. 103-117.

- MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio. *Introducción al Derecho y a las instituciones de la Unión Europea*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007.
- MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio. “Los derechos sociales: una reflexión a propósito de la Sentencia Rol 976 del Tribunal Constitucional”, en *Nomos*, Universidad de Viña del Mar, N° 2 (2008), pp. 275-290.
- MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio. “Constitución y fuentes del Derecho”, en *La primacía de la persona. Estudios en Homenaje al Profesor Eduardo Soto Kloss*, Legal Publishing, Santiago, 2009, pp. 347-366.
- MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio. “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Estudios Constitucionales*, año 10, N° 1-2012, pp. 65-116.
- MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio. “Los Derechos Sociales de Prestación en la Jurisprudencia Chilena”, en *Estudios Constitucionales*, Año 8, N° 2, 2010, pp. 125-166.
- MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio. “Los derechos sociales”, en *Lecciones de Teoría Constitucional*, 3ª ed., PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos, Colex, Madrid, 2010, pp. 383-396.
- MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio. *Jurisprudencia Constitucional Española sobre Derechos Sociales*. Barcelona: Cedecs, 2007.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “Análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional chileno sobre el decreto supremo que regula la distribución de la píldora del día después (Levonorgestrel 0.75 Mg)” en *Estudios Constitucionales*, Año 6, N° 1, 2008, ISSN 0718-0195, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, pp. 361-372.
- VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela. “La píldora del día después”, en *Revista Chilena de Derecho*, v. 35 N° 3, pp. 543-577.

*JURISPRUDENCIA CORTE SUPREMA  
Y CORTE DE APELACIONES:*

- SCAA de Concepción, Rol N° 4.665, de 31.10.1980, confirmada por SCS Rol N° 14.646 de 25.11.1980.
- Cerro Saavedra o Aída Cerro*, SCAA de Concepción 13.10.1980, rol 4.642, confirmada por SCS, Rol N° 14.606, de 28.10.1980 en RCHD y J, t.77 (1980), II.2. 178-186.
- Rojas Bascur*, SCAA de Concepción, Rol 4.665, de 31.10.1980, confirmada por SCS Rol N° 14.646, de 25.11.1980.
- Ahumada Collao*, SCAA de Santiago Rol N° 24-81 de 29.5.1981 confirmada por SCS el 28.7.1981 (con un voto en contra).
- Pérez Barrientos*, SCAA de Valparaíso, Rol N° 39-81 de 15.5.1981, confirmada por SCS Rol N° 15.006, el 8.6.1981, con dos votos en contra que adhieren a opinión disidente de primera instancia.
- Paredes Paredes*, SCAA de Santiago rol N° 117-80, 2.3.1981, confirmada por SCS Rol N° 14.871 de 24.3.1981.

- Sáez Paiva*, Rol N° 116-80 de 30.1.1981, confirmada por SCS Rol N° 14.831 de 7.4.1981.
- Cantillana Dona*, SCAA Rol N° 115-80 de 30.1.1981, confirmada por SCS Rol N° 14.832 de 12.3.1981. SOTO KLOSS, Eduardo “Recurso de Protección y Derechos de los Estudiantes” en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t 78 (2-3), 1981.
- SCAA de Santiago, Rol N° 229-85 de 21 de enero de 1986 confirmada por SCS Rol N° 20.453 de 4 de marzo de 1986 (igualdad crédito fiscal, Rev. Fallos del mes N° 328, marzo de 1986, pp. 44-46).
- SCAA de Santiago Rol N° 291-86, modificada por SCS Rol 21.856, de 13 de abril de 1987.
- SCAA de Santiago, rol N° 406-87, de 1988, confirmada por SCS Rol N° 12.009, de 1988 (derecho de elección de establecimientos educacionales de los padres).
- Baeza Carrasco, Juan Eduardo*. SCAA de Santiago Rol N° 504-88, confirmada por SCS Rol N° 13.813 de 6 de abril de 1989 (alumno de derecho-propiedad).
- Arze, María Soledad*. SCAA de Santiago de 12 de noviembre de 1992 confirmada por SCS Rol N° 20.123 (alumna embarazada U. Andes) (fallos del mes N° 409, pp. 894-895).
- García Schilie con Vicerrector Académico U. Austral*. SCAA de Santiago de 29 de abril de 1992 revocada por SCS Rol N° 18.808 de 2 de julio de 1992. RDJ y G de los Tribunales. Enero-abril 1992, pp. 153-155.
- Lea Carrasco con Colegio Carlos Causiño de Valparaíso*. SCAA de Valpo. Rol N° 475-93, de 4 de enero de 1994, Gaceta Jurídica, N° 163, enero 1994, pp 60-61, corte de pelo. 19 N 1 y 2.
- Universidad Mariscal Sucre con MINEDUC*. SCAA de Santiago Rol N° 1865-95, de 25 de julio de 1995, confirmada SCS Rol 32.300, de 7 de septiembre de 1995 (universidad no pede examinar) Gaceta Jdca. 183, sept. 1995.
- Florian y Dominique Stellke*. SCAA de la Serena, Rol N° 19.589 de 14 de junio de 1995 confirmada por SCS Rol 31.799 de 10 de julio de 1995.
- Carabantes Olivares con Araya Marín, Hugo (Dir. Colegio Andrés Bello de La Serena)*, SCAA de La Serena, de 24 de diciembre de 1997, Rol N° 21.633 (mujer embarazada y obligación general del Estado de respetar y garantizar los derechos), confirmada por SCS Rol N° 108, de 18 de febrero de 1998
- SCAA Rol N° 1878, de 23 de octubre de 2000 (voto disidente), revocada por SCS Rol 4201-00 de 28 de diciembre de 2000.
- Leslie Delva Guerra (en favor de Jesús Quintero y Cristián Mardones) con María Isabel Carmona (Dir. Del Colegio N° 339 de Conchalí)* SCAA de Santiago, de 9 de octubre de 2001, Rol N° 4379-2001, confirmada (menoscabo a la integridad física y psíquica).
- SCAA Rol N° 4127-2002, confirmada por SCS Rol N° 4325-2002 de 14 de octubre de 2002.
- Corporación Municipal de Desarrollo Social de Iquique con Inspección Provincial del Trabajo* SCAA de Iquique, Rol N° 39437, confirmada por SCS Rol N° 2576-02, (resolución que desconoce acuerdo con trabajador docente).

- Saffrío Espinoza con Jefe Departamento Provincial de Educación*, SCS Rol N° 3.125, de 10 de septiembre de 2003.
- SCAA de Talca Rol N° 1356-06 de 24 de octubre de 2006, confirmada por SCS Rol N° 5878-06 de 21 de noviembre de 2006.
- Emilio Fernando Balmaceda Jarufe con Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* SCS Rol N° 59232008, de fecha 15 de enero de 2009, que rectifica SSCA de Valparaíso, Rol 302, de 2006, y acoge recurso sobre la base de STCCH N° 808 de 2007, que declara la inaplicabilidad por inconstitucionalidad.
- Rosselot Abu-Gosch con Escuela de Foto Arte de Chile*, SCAA de Santiago Rol 813-2010 de 9 de noviembre 2010 confirmada SCS Rol N° 9.147-2010 de 24 de diciembre de 2010 (Gaceta Jurídica N° 366, pp. 39-43).
- Salazar Sobarzo con Universidad La República*, SCAA Rol N° 6.803-2010 de 29 de diciembre de 2010 confirmada por SCS Rol N° 571-2011 de 29 de diciembre de 2011 (Gaceta Jurídica N° 370 pp. 100-103).
- Francisca Sáez Suárez con Universidad San Sebastián*, SCAA de Santiago Rol N° 69-2011 de 14 de mayo de 2011, confirmada por SCS Rol N° 3.435-2011 de 19 de mayo de 2011. (Gaceta Jurídica N° 371 pp. 95-101).
- José Ignacio Balboa con Sociedad Educativa Loyola S.A.* SCS Rol 936-2012 de 20 de marzo de 2012 (Gaceta Jurídica N° 388 pp. 74-79).
- Beatriz Alvarado Valenzuela/Colegio Internacional Country School*, SCS Rol 1782-0011, de 24 de mayo de 2011 (cancelación de matrícula sin justificación ni procedimiento).
- Lorena Alejandra Fritz Padilla/Colegio Araucaria*, SCS Rol N° 8880-2011, de 30 de septiembre de 2011 (cancelación de matrícula sin justificación ni procedimiento)
- María José Cornejo Sandoval/Complejo Educativo Luis Durand*, SCS Rol N° 9878-2011 de 27 de octubre de 2011 (cancelación de matrícula sin justificación ni procedimiento).
- Lorena Mussa Rodríguez/Colegio Alemán de Arica*, SCS Rol N° 7016-2011 de 5 de octubre de 2011 (expulsión de alumnos sin justificación ni procedimiento).
- Álvaro Rivera Morales/Colegio Excelsior*, SCS Rol N° 1271-2011, de 7 de abril de 2011 (expulsión de alumnos sin justificación ni procedimiento).
- Garrido Corvalán, Felipe Ignacio/Instituto Santa María*, SCS Rol N° 9884-2010, de 31 de mayo de 2011 (expulsión de alumnos sin justificación ni procedimiento).
- Caupolicán Campos Torres/Corporación Educativa Sain John's School*, SCS Rol N° 6788-2011, de 25 de agosto de 2011 (expulsión de alumnos sin justificación ni procedimiento).
- Patricio Salazar Sobarzo/Universidad de la República*, SCS Rol N° 1258-2011 de 7 de abril de 2011 (negativa de universidad de entregar certificados o documentos por deuda).
- Diego Ignacio García Jara y otros/Colegio Chile*, SCS Rol N 10705-2011, de 22 de noviembre de 2011.

*Francisca Sáez Suárez/Universidad San Sebastián*, Rol N° 34 35, de 19 de mayo de 2011 (negativa de universidad de entregar certificados o documentos por deuda)

*Andrea Soledad Reuca Neculman/Universidad de la Frontera*, SCS Rol N° 2511-2011, de 19 de mayo de 2011 (negativa de universidad de entregar certificados o documentos por deuda).

*Marcelo Oliva Abusleme/Universidad del Bío Bío*, SCS Rol N° 9399-2011, de 14 de octubre de 2011 (negativa de universidad de entregar certificados o documentos por deuda).

*Carola Cortes Vera/Universidad del Bío Bío*, SCS Rol N° 11944-2011, de 20 de diciembre de 2011.

*Pamela Día Sotomayor/Universidad del Mar*, SCS Rol N° 3071-2011, de 28 de abril de 2011 (negativa de universidad de entregar certificados o documentos por deuda).

*Carlos Llaguel Figueroa y otros/Bastías Raúl Maluenda y otros estudiantes, dirigentes y líderes, y Alcaldesa de Ilustre Municipalidad de Santiago*. SCAA de Santiago, Rol N° 39022-2014, (Acum. N° 39048-14) de 18 de agosto de 2014.

## LA LEGALIZACIÓN (DE FACTO) DEL ABORTO EN COLOMBIA

## (DE FACTO) LEGALIZATION OF ABORTION IN COLOMBIA

*Juan David Gómez Rubio\**

### *Resumen*

La imposibilidad de legalizar por vía legislativa el aborto en Colombia produjo un cambio de estrategia por parte de los promotores del control de la población, lo cual condujo, a través del litigio estratégico, a una serie de fallos judiciales que interpretaron la Constitución Política según la ideología eugenésica que subyace al movimiento de control natal, legalizando de facto el aborto bajo demanda.

Palabras clave: aborto, legalización, eugenesia.

### *Abstract*

The impossibility of legalizing abortion in Colombia by means of issuing laws produced a change in the strategy of the population control advocates, which led, through strategic litigation, to a series of rulings that interpreted the Constitution according to the ideology of eugenics that underlies the birth control movement, de facto legalizing abortion on demand.

Key words: abortion, legalization, eugenics.

La forma más corta de arruinar a un país es darle el poder a los demagogos.  
Dionisio de Halicarnaso

A medida que la libertad política y económica disminuye,  
la libertad sexual tiende a incrementarse en compensación.  
Aldous Huxley

---

\* Licenciado en Derecho. Profesor de la Universidad Sergio Arboleda, Colombia. Asesor del Instituto de Estudios del Ministerio Público, Procuraduría General de la Nación de Colombia. Artículo enviado el 5 de enero de 2015 y aceptado para su publicación el 3 de marzo de 2015. Correo electrónico: juandavidgomezrubio@gmail.com.

## *Introducción*

El camino hacia la legalización del aborto en Colombia ha tenido tres características principales:

- a) Es un proceso que guarda similitud con el proceso de “liberalización” del aborto, especialmente en Estados Unidos. De hecho, las organizaciones que han financiado la legalización del aborto en ese país –modelo para los demás países del hemisferio– han tenido una filiación abiertamente eugenésica, y han puesto en práctica sus ideas, hoy en día disimuladas bajo la máscara de los “derechos sexuales y reproductivos”<sup>1</sup>:

*“(...) El movimiento eugenésico estadounidense del siglo 20 cautivó la imaginación de la élite financiera e intelectual de Estados Unidos incluyendo a los Rockefeller, los Kellog, los Harriman y los Carnegie. El Instituto Carnegie financió la Estación para la Evolución Experimental en Cold Spring Harbor, Long Island, a partir de 1904. La Estación era financiada con dinero de la familia Harriman. La ERO sirvió como ‘centro de políticas para las actividades del movimiento eugenésico organizado’<sup>2</sup>. La familia Kellog comenzó la Sociedad para la Mejora de la Raza [Race Betterment Society]. Los Rockefeller comenzaron el Consejo de Población [Population Council], un promotor de la eugenesia disfrazada como control de la población<sup>3</sup>.*

Harry Laughlin, el Superintendente de la ERO, estaba entre los más efectivos eugenesistas estadounidenses. Dedicó sus esfuerzos a la erradicación de la gente ‘que generaba los mayores costos sociales, aquellos confinados a las instituciones y beneficiarios de programas de bienestar’<sup>4</sup>.

En 1914, Laughlin publicó la Ley Modelo de Esterilización. (...) Para 1935, todos, menos 13 estados, incluyendo Carolina del Norte, tenían leyes de esterilización vigentes o tenían proyectos pendientes en las legislaturas estatales<sup>5</sup>. *En total, 31 estados promulgaron leyes de esterilización obligatoria y la mayoría siguieron vigentes al menos hasta mediados de los años 60’s<sup>6</sup>.*

<sup>1</sup> MARY. J. D. SUMMA, “Abortion’s dark Beginnings in Eugenics”, documento electrónico. En lo sucesivo se conservan los pies de página originales. Negrilla fuera del texto original.

<sup>2</sup> PAUL LOMBARDO, “The American Breed” Nazi Eugenics and the Origins of the Pioneer Fund.

<sup>3</sup> MARY ZEIGLER, “Reinventing Eugenics: Reproductive Choice and Law Reform After World War II”, página 319.

<sup>4</sup> LOMBARDO, *op. cit.*

<sup>5</sup> “Legislative status of eugenical sterilization in the United States, 1935”. Cold Harbor Laboratories, DNA Learning Center, documento electrónico.

<sup>6</sup> ELYSE ZENOFF FERSTER, “Eliminating the Unfit – Is Sterilization the Answer?”, pp. 591-596.

En los 40's y 50's, los medios de comunicación pusieron al descubierto la relación entre los programas eugenésicos del Régimen Nazi y los programas de esterilización de EE.UU., y los estados comenzaron a derogar las leyes de esterilización. Aun así, no obstante, los eugenicistas no abandonaron su causa. Simplemente arrojaron sobre su movimiento una luz más favorable. "Financiados con dinero de los Rockefeller, el movimiento fue rebautizado como programa de control de la población, y en 1952, fundaron el Consejo de Población [Population Council]<sup>7</sup>. El objetivo del Consejo de Población era claro – a través de reformas legales, reducir el crecimiento de la población y preservar la 'calidad' de la población<sup>8</sup> (...).

Casi simultáneamente con el inicio de los programas de esterilización, los funcionarios de Carolina del Norte expandieron su asalto a los 'no aptos' con el control natal financiado por un miembro de la élite financiera del país. El Dr. Clarence Gamble, heredero de la fortuna de jabones Procter & Gamble, [fue] a Carolina del Norte casi por casualidad. Como eugenicista ávido, Gamble estaba gastando su fortuna suministrando elementos de control natal a los nativos de una isla frente a la costa de Florida. La enfermera a cargo del programa, Frances Pratt, anhelaba volver a su natal Carolina del Norte, y convenció a Gamble de abordar el estado con un programa de control natal (...). En su propuesta al estado, Gamble ofreció financiar un proyecto para proveer anticonceptivos a los ciudadanos pobres proveyendo los insumos y la enfermera, Miss Pratt. El programa estaría bajo la sombra del Departamento Estatal de Salud Pública. Los funcionarios del Departamento (...) saltaron sobre la oportunidad. En marzo de 1933, Carolina del Norte se convirtió en el primer estado del país en patrocinar un programa de control natal del departamento de salud<sup>9</sup>.

El dinero de Gamble se usó rápidamente para expandir las clínicas de control natal por todo el estado. En 1933, sólo había tres clínicas privadas en el estado. Cinco años después, el estado había creado 56, y para mediados de 1939, de acuerdo con una fuente, existían 62 clínicas de control natal en el estado, el segundo después de Nueva York. El 'éxito' de Gamble al establecer clínicas es particularmente sorprendente cuando se considera que Carolina del Norte tenía el 13 por ciento de las clínicas de control natal del país con sólo el tres por ciento de la población de la nación<sup>10</sup>.

No puede negarse que éstas clínicas operaban con el propósito de avanzar en la eugenesia. A pesar de su afirmación de que estaba preocupado por la población objetiva –los pobres, ignorantes, 'no aptos' – Gamble se resistió a los intentos de expandir los servicios de salud más allá de la anticoncepción. Según James Miller, del Instituto de Población [Population

<sup>7</sup> ZEIGLER, *op. cit.*, p. 331.

<sup>8</sup> JOHN D. ROCKEFELLER, "On the Origins of the Population Council", p. 493 (1977); ver también ZIEGLER, *op. cit.*, p. 332.

<sup>9</sup> JAMES MILLER, "Betting With Lives: Clarence Gamble and the Pathfinder International", documento electrónico.

<sup>10</sup> *Ibíd.*



*Institute], Gamble chocó con el Director de Salud Pública de Carolina del Sur cuando se hizo la sugerencia de que [se] expandiera (...) a otros servicios de salud. Enfurecido por la sugerencia, Gamble parece que escribió a Margaret Sanger que no quería que su contribución financiera ‘se diluyera con mucho trabajo general de salud’<sup>11</sup>.*

Después de cuatro años, Gamble retiró su financiación debido a las bajas tasas de participación en el Estado. Sin embargo, la iniciativa cosechó dividendos para Gamble. Había proveído un laboratorio de todo el estado para que probara la eficacia de sus métodos preferidos de anticoncepción. Aun más, el proyecto produjo respetabilidad para el control natal como una herramienta eugenésica dentro del Estado, y le dio respetabilidad personal a él como proponente de la eugenesia<sup>12</sup>.

El interés de Gamble en Carolina del Norte y la eugenesia no terminó con sus experimentos de anticoncepción en el estado. *En 1947, unió fuerzas con James G. Hanes, el magnate de la calcetería de Winston-Salem, y el Dr. C. Nash Herndon, un renombrado genetista en la Escuela Médica Bowman Gray, entre otros, para fundar la Liga para el Mejoramiento Humano de Carolina del Norte [Human Betterment League of North Carolina]. Al parecer, Gamble proveyó \$5.000 en dinero inicial. En años posteriores, Gamble continuó donando generosamente a la Sociedad. De hecho, según el Winston-Salem Journal [Diario de Winston-Salem], durante un año financió la mayoría de las esterilizaciones en el condado de Orange<sup>13</sup>. Según el Instituto de Población, Gamble se convirtió en el mayor contribuyente de la organización<sup>14</sup>.*

La Liga para el Mejoramiento Humano de Carolina del Norte era justo el programa incipiente de esterilización estatal que necesitaban (...). *La Liga trajo consigo influencia política, legitimidad, y reconocimiento nacional a la Junta de Eugenesia, del que no había disfrutado antes. La Liga también trajo dinero y una campaña de publicidad masiva y creó casi una atmósfera de cacería de brujas contra los ‘no aptos’, que expandió la red para incluir a aquellos ‘no aptos para la paternidad’<sup>15</sup>. Sólo en 1963, casi la mitad de las esterilizaciones en todo el país fueron hechas en Carolina del Norte<sup>16</sup>.*

*(...) Preocupaciones sobre los costos ascendentes de bienestar de las madres afroamericanas solteras llevaron a los funcionarios del estado a apuntar esfuerzos hacia esa población. Después de 1950, los (...) afroamericanos*

---

<sup>11</sup> *Ibid.*

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> Kevin BEGOS, “Selling a Solution: Group Founded by Hanes, Others Sent”. Margaret SANGER, “The Pivot of Civilization”, Documento electrónico.

<sup>14</sup> MILLER, *op. cit.* Sterilization in New Direction”, documento electrónico.

<sup>15</sup> Lara TORGESEN, citada por FERSTER, *op. cit.*, p. 516; “The Powerful People Behind the Eugenics Movement”, documento electrónico.

<sup>16</sup> Julius PAUL, “The Return of Punitive Sterilization Proposals: Current Attacks on Illegitimacy and the AFDC Program”. FERSTER, *op. cit.*, p. 616.

fueron esterilizados a una tasa más alta que los blancos, dejando a algunos la conclusión de que la esterilización en Carolina del Norte se había convertido en algo más relacionado con el racismo que con la eugenesia<sup>17</sup>. (...).

A medida que el movimiento eugenésico crecía en Estados Unidos, destacados eugenistas comenzaron a reunir sus recursos y esfuerzos. Aunque relacionado financieramente con la esterilización, Gamble continuó expandiendo su influencia con los programas de control natal dirigidos por la eugenesia. *En 1947, comenzó a trabajar con su amiga de mucho tiempo, Margaret Sanger (...).*

En 1923 ella abrió la Liga Estadounidense de Control Natal (ABCL), cuya misión era abolir la Ley Federal Comstock, (...) que prohibía la creación, importación, o el envío por correo de drogas, dispositivos o artículos que prevenían la concepción o causaban abortos. (...). Adicionalmente, la Junta Directiva de la ABCL estaba dominada por eugenistas bien conocidos, incluyendo a Harry Laughlin<sup>18</sup>.

En 1939, la ABCL se reconstituyó en la Federación de Control Natal de Estados Unidos (BCFA), y el objetivo racial del movimiento eugenésico se hizo evidente. *En 1943, la ABCL cambió su nombre por última vez y se convirtió en la Federación de Paternidad Planificada de Estados Unidos (PPFA) con sus oficinas iniciales albergadas en la sede de la Sociedad Eugénica de Estados Unidos [American Eugenics Society].*

Gamble había trabajado previamente como director plenipotenciario de la ABCL. Entonces se convirtió en el director regional de la organización para el Sur en 1947. Gamble rápidamente trajo consigo sugerencias a la Junta sobre el 'Proyecto Negro' [Negro Project] de Sanger, una iniciativa con el objetivo de reducir la procreación de los afroamericanos en el Sur (...).

*Para 1960, la familia Rockefeller estaba metida hasta el cuello en el movimiento eugenésico, bajo el disfraz del control de la población. Como parte de sus esfuerzos, financiaron el desarrollo del Modelo de Código Penal del Instituto Estadounidense de Derecho [American Law Institute]. Entendiendo que las leyes estatales del aborto no podían ser depuestas de la noche a la mañana, los proponentes del aborto legalizado usaron el Código Penal como vehículo para liberalizar las leyes de aborto estado por estado<sup>19</sup>.*

*El Modelo de Código Penal olía a eugenesia en cuanto permitía abortos en casos de deficiencias mentales o físicas en la madre o el hijo. Adicionalmente, permitía el aborto de bebés sanos en casos de violación o incesto. Los eugenistas más radicales promovían el aborto sin restricciones<sup>20</sup> (...).*

<sup>17</sup> Johanna SCHOEN, "Choice & Coercion: Birth Control Sterilization, and Abortion in Public Health and Welfare".

<sup>18</sup> Robert MARSHALL, Charles DONOVAN, "Blessed Are the Barren: The Social Policy of Planned Parenthood", p. 277.

<sup>19</sup> "The Long Road of Eugenics: From Rockefeller to Roe v. Wade", documento electrónico.

<sup>20</sup> SCHOEN, *op. cit.*

En 1967, la Asamblea General adoptó la Ley de Aborto Eugenesica financiada por los Rockefeller, convirtiéndose en uno de los primeros tres estados en el país en hacerlo. Los eugenistas radicales no necesitaban esperar mucho tiempo para el aborto sin restricciones en toda la nación. En 1973 la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos entregó dos decisiones, *Roe v. Wade*, y *Doe v. Bolton*, que hicieron que el aborto legal estuviera disponible en todo el país. Hoy en día, entre el 85 y el 90 por ciento de los bebés con síndrome de Down son abortados<sup>21</sup>. Los bebés afroamericanos están siendo abortados a la tasa más alta en el país y cuatro veces más que los bebés blancos<sup>22</sup>. Lo que los eugenistas buscaban originalmente con la esterilización lo están logrando con el aborto.

En los días posteriores a las decisiones *Roe v. Wade* y *Doe v. Bolton*, muchos estados comenzaron a buscar formas de proteger a los no nacidos y de limitar el aborto. En Carolina del Norte, sin embargo, fortificada con la misma cruel indiferencia por la vida humana que había exhibido con el programa de esterilización, la Asamblea General subrayó su apoyo al aborto. Subsecuentemente, (...) reformó su estatuto de aborto para imitar las protecciones de *Roe [v. Wade]*. Aunque era legalmente innecesario, la mayoría de la Asamblea General dejó en claro que apoyaba la terminación de la vida humana inocente durante los nueve meses del embarazo por cualquier razón, con o sin *Roe v. Wade*.

El espíritu de la década es mejor ilustrado por una decisión de la corte en 1976, dos años después de la última esterilización de Carolina del Norte. En *In re Moore*<sup>23</sup>, los jueces encontraron que la esterilización forzada de los discapacitados mentales era constitucional. El irrespeto total por toda la vida humana de la mayoría, no sólo de aquellos expuestos a la esterilización forzada, se hizo demasiado claro: ‘*El interés del hijo no nacido es suficiente para garantizar la esterilización de un individuo retardado... El pueblo de Carolina del Norte... tiene el derecho de prevenir la procreación de niños que se convertirán en una carga para el Estado*’ (...).

- b) Ha sido fruto, no de un pedido espontáneo de la población, sino de factores propios de la revolución cultural que han sido exaltados y promovidos por organizaciones internacionales que, como se verá, también buscan la legalización de las drogas estupefacientes y la eutanasia, entre otros.
- c) El control de la población –que es lo que realmente se busca con la aprobación del aborto bajo demanda, su forma más expedi-

<sup>21</sup> MANSFIEL, C., HOPFER S., MARTEAU, T. M. “Termination rates after prenatal diagnosis of Down syndrome, spina bifida, anencephaly, and Turner and Klinefelter syndromes: a systematic literature review”.

<sup>22</sup> “Morbidity and Mortality Weekly Report (MMWR): Abortion Surveillance, 2007”, documento electrónico.

<sup>23</sup> 289 N.C. 95, 221 S.E.2d 307 (1976).

ta— ha sido una política de Estado en Colombia desde los años 60 del siglo xx, aunque por razones de espacio dicho tema no pueda ser tratado en el presente trabajo.

Lo que los promotores del aborto no pudieron conseguir por vía de decisiones gubernamentales, ni por medio de la legislación, lo han conseguido a través de lo que denominan “litigio estratégico”, mediante el cual las organizaciones internacionales ya mencionadas logran forzar cambios sociales mediante el activismo judicial propio del postconstitucionalismo.

### *1. El “litigio estratégico” para conducir a la despenalización del aborto en Colombia*

La sentencia C-355 de 2006, proferida por la Corte Constitucional colombiana, produjo la despenalización del aborto en tres circunstancias: riesgo para la salud de la madre, grave malformación del feto, o embarazo producto de una violación o inseminación artificial no consentida. De entrada, la segunda causal es abiertamente eugenésica, pues despenaliza causar la muerte del feto que tenga malformaciones que hagan inviable su vida.

La organización Women’s Link Worldwide, cuyas directivas mantienen altos cargos en IPPF y Open Society Foundations<sup>24</sup>, fue la encargada de lograr la despenalización del aborto mediante la sentencia C-355 de 2006, y de continuar la lucha por la legalización del aborto en todos los casos, como ocurrió en EE.UU. hasta llegar a la sentencia Roe vs. Wade.

#### *1.1. EL MODUS OPERANDI DEL LITIGIO ESTRATÉGICO*

Mónica Roa, abogada egresada de la Universidad de los Andes y directora de programas de Women’s Link Worldwide<sup>25</sup>, en una conferencia en Washington College Of Law de noviembre de 2011, se encargó de despejar cualquier duda sobre la forma en que su organización ayudó a producir el resultado judicial que no había sido posible conseguir por vía de las leyes. La conferencia, además, deja en claro que la lucha del abortismo es contra el catolicismo: “The Role of Law in Taking Rosaries out of Ovaries”, es decir, “El Papel del Derecho en Sacar los Rosarios de los Ovarios” [subraya y negrilla fuera del texto original]<sup>26</sup>:

<sup>24</sup> Women’s Link Worldwide, documento electrónico.

<sup>25</sup> Women’s Link Worldwide, documento electrónico.

<sup>26</sup> Mónica ROA, conferencia en Washington College Of Law, documento electrónico.

“(…) Aunque somos una organización jurídica, *siempre trabajamos con una estrategia en tridente* que incluye estrategias legales, pero también estrategias de comunicación y estrategias de alianza. Y es por eso que el título de esta presentación es cómo puede el derecho de litigio ayudar a [sacar] los rosarios de nuestros ovarios (...). Porque somos muy conscientes de que el derecho es uno de los instrumentos, uno muy poderoso, pero nunca es suficiente. *El derecho no puede cambiar la cultura por sí mismo. Somos conscientes de eso y eso es por qué cada uno de nuestros proyectos tiene tres estrategias. Debería decirles que el proyecto del que yo estaré hablando hoy, que es el desafío a la ley de aborto en Colombia era un proyecto piloto, fue el primer proyecto que Women's Link hizo. Y salió realmente bien y realmente nos llevó a donde estamos ahora, pero también nos ha ayudado a teorizar un poco como crear una metodología que ahora implementamos tanto en nuestros programas como proyectos, pero también le damos a otras organizaciones.* No es fácil, es una de las partes más duras del trabajo realmente entender qué es lo que hicimos bien que podemos compartir con otro[s] como lecciones aprendidas y como metodologías. (...)

Tengo que empezar con el aviso que yo estaba tratando de hacer hace un momento, que *el papel del litigio estratégico no sólo es crear estándares legales, que significa cambiar las leyes o ganar el caso, pero es realmente una oportunidad para empezar debates, enmarcar debates en una forma en que queremos que sean enmarcados.* Articular movimientos alrededor de los casos y generar movimiento en términos de debates y diálogos y energías y sinergias. *Así que una cosa que tenemos muy clara es que sí, claro nos gusta ganar casos especialmente cuando ese es el plan. Algunas veces planeamos perder un caso, por ejemplo, para que podamos litigarlo internacionalmente, porque queremos fijar un estándar internacional. Perder puede ser un objetivo estratégico cuando traes un caso.* Pero somos muy conscientes que la razón por la que traemos casos es para usar esas oportunidades que surgen cuando se lleva un caso a la corte. Realmente reunir opinión pública alrededor de él, tener gente hablando sobre el tema, presentar diferentes visiones que no habían sido presentadas antes, buscar nuevos e insospechados aliados, etcétera.

Voy a hablarles un poco cómo empezamos esta práctica, esto es, con retrospcción, es la palabra, mirar atrás es mucho más fácil. *La primera cosa que hicimos y pienso que todavía es verdad en muchos lugares donde este debate ocurre es que el debate es usualmente un debate blanco y negro. Usted es o a favor del aborto o anti aborto, o pro vida o anti vida. Dos extremos sin ningún punto de diálogo. Y en una esquina son usualmente retratadas como las locas feministas, las pro aborto y los pro vida son los muy tristes curas que lloran por los bebés que nunca logran nacer.*

Pero una vez que entendimos eso y estaba claramente pasando en Colombia y la forma en que nos dimos cuenta que esto estaba pasando en Colombia fue haciendo un análisis de los artículos que eran publicados en la prensa sobre el aborto. Siempre había estos dos extremos y las fuentes de los periodistas eran o las muy furiosas, feministas radicales o

los muy tristes curas con aspecto de oso de peluche. ¿Dije eso bien? Eso fue un chiste.

Y entonces nos dimos cuenta que eso no es una descripción exacta del debate. El debate es realmente un continuo de gente que está de acuerdo hasta cierto nivel sobre el derecho de las mujeres a la autonomía y autonomía reproductiva y pensamos que es muy importante no ignorar el hecho que algunas personas pueden estar, por ejemplo, de acuerdo en que el aborto debe ser legal en los casos de violación, pero no en cualquier otro caso de aborto, [ó] yo no estoy de acuerdo con el aborto, yo nunca me haría un aborto yo nunca permitiría a alguien a mi alrededor hacerse un aborto, pero eso es algo que el Estado no debería imponer a otras personas y todas estas otras posibilidades que realmente permiten una comprensión mucho más amplia del problema y que realmente pueden permitirte construir alianzas que no son fáciles de encontrar cuando tienes esta otra aproximación.

Entonces teniendo esto en mente, decidimos mapear a los actores. ¿Qué quiere decir mapear? Usamos esta matriz en la que ubicamos los grupos, tratando de posicionarlos en el rango en el que están más o menos de acuerdo con nuestro tema, pero también cuánta influencia tienen en la opinión pública. [Si] Son escuchados por los medios, cuando hablan, si la gente los escucha, si tienen la capacidad de persuadir a los que toman las decisiones o si la gente ni siquiera sabe que existen. Cuando hablo de actores, quiero decir la gente que ya está comprometida en el debate del aborto. Y esto es lo que encontramos en Colombia. Así que gente con muy altos perfiles que eran muy anti-aborto y un montón de grupos, en particular grupos de mujeres, que estaban muy a favor pero no mucha visibilidad en la esfera pública. *Entonces mapeamos a los jueces [sic] de la corte constitucional. Hay nueve jueces, dos de ellos podíamos ver que podrían fácilmente unirse a la esquina en la que no íbamos a gastar nuestro tiempo o recursos en tratar de persuadir, porque esas son usualmente personas que no son persuadibles, pero ellos también no estaban [sic] en la esquina de las personas que estaban convencidas de antemano. Estaban en el campo del medio, podías decir que eran jueces liberales, pero nunca habían estado fuertemente comprometidos con la causa. Y este usualmente es el paisaje en muchos de los países donde ahora damos asistencia técnica. Y lo que pasa usualmente es que las organizaciones, y yo digo esto con mucho respeto por el trabajo, se enfocan en pelear con aquellos que nunca serán persuadidos y teniendo reuniones y talleres con aquellos que están convencidos de antemano.*

Después de ese diagnóstico, nos decidimos por esta estrategia. *Íbamos a enfocarnos en el campo del medio, porque ahí es donde los jueces, que eran los que iban a tomar esta decisión, estaban ubicados [sic]. Entonces no íbamos a pedir una liberalización completa del aborto.* Y pie de página aquí: yo no pienso que cualquier persona en el mundo, cualquier persona quiere liberalización completa del aborto como que una mujer puede hacerse un aborto el día antes del parto, porque sí, y pienso que mostrando ese grado de gracia es muy importante para otras personas, porque cuando

hablas sobre liberalización total del aborto la gente piensa sobre esa semana previa antes del noveno mes y el parto. *Entonces nosotros realmente queríamos usar circunstancias a las que decidimos apuntar cuando la vida o la salud de la mujer está en riesgo y por salud incluimos salud física y mental.* Esta no fue realmente nuestra decisión, es la definición de la OMS, Organización Mundial de la Salud. Pero sí sabíamos que en países como Inglaterra, por ejemplo, esa es la ley que ellos tienen y así es como logran llevar a cabo la mayoría de los abortos legalmente. *También incluimos el caso de violación o incesto y también incluimos graves malformaciones del feto que hacían la vida fuera del útero inviable. Esa fue una muy difícil, dónde trazas la línea porque no quieres sonar eugenésista, ¿es esa la palabra? Entonces sólo decidimos que eran esas malformaciones las que no permiten al feto sobrevivir al parto, como la anencefalia, cuando no hay cerebro, no hay cráneo. Entonces después que el feto es separado del cuerpo de la madre, no hay cerebro que mande órdenes para que el cuerpo funcione. Entonces decidimos que esa iba a ser nuestro objetivo y esa es la estrategia número uno.* Íbamos a enfocarnos en los argumentos y en la gente que estaba en el campo del medio. Estábamos tratando de convencer a esas personas, a nadie más.

Y lo que estábamos tratando de hacer, y esta [sic] es la estrategia número dos. ¿Qué tenemos que decir para que la persona parada detrás de la línea pueda dar el paso después de la línea? No queríamos traerlos totalmente hasta esta esquina. Y esto iba de la mano con la estrategia de comunicación, pero también con los argumentos que estábamos escogiendo para usar en la queja [demanda], entonces esto era realmente pensar sobre qué tenemos que decirle a una persona aquí o allá para que esa persona se comprometa a estar en este lado, así sea sólo un poco.

*La tercera estrategia que diseñamos fue subir el perfil de aquellos que ya estaban a favor, pero que no eran muy conocidos en el país. Eso significaba darles entrenamiento en comunicaciones, exponerlos a los medios, hacer conferencias y seminarios e invitarlos a hablar. Lo que tratamos de hacer fue, como me gusta decir, democratizar el rango de personas hablando del aborto. No eran solo feministas, trajimos doctores, trajimos expertos en salud pública, economistas, había un nutricionista que estaba hablando de cómo los niveles de nutrición de los niños nacidos son disminuidos cuando hay un embarazo no deseado, etcétera., etcétera. Entonces realmente queríamos traer más gente en una forma tal que esos en esa esquina allá [los opositores del aborto] se convirtieran apenas en una voz más en el rango de voces dando sus opiniones sobre el aborto.* Entonces fuimos muy respetuosos de todas las posiciones. Todos tenían derecho a dar una opinión de acuerdo, o en desacuerdo, o algún acuerdo, o algún desacuerdo. *Pero también teníamos muy claro que la estrategia era pedirle a la Corte declarar que una prohibición total del aborto violaba los derechos humanos de las mujeres.* No estábamos tratando de convencer a la iglesia. Estábamos tratando de convencer a la Corte Constitucional y eso fue clave durante el proceso. Eso fue clave para el desarrollo de la estrategia legal. No usamos ningún

argumento en la demanda persuadiendo a las partes sobre que la iglesia no debía interferir. Eso simplemente lo dábamos por sentado, no estamos hablándole a la iglesia. Si ellos se abren camino en esto, entonces nos tomaremos el tiempo para decir por qué ellos no deben interferir, pero no vamos a darles la primera mano de este debate.

Cómo jugó eso con las alianzas. En realidad debería decir cómo eso jugó con las comunicaciones. El primer instinto de los periodistas era tenerme a mí en un programa de entrevistas cara a cara con un arzobispo y estábamos rechazándolos. Estábamos diciendo, 'no vamos a tener nada que discutir porque la iglesia se opone al aborto, yo le diré felicitaciones tiene derecho a hacerlo', y parar completamente. Si me quiere, tiene que traer a un abogado y discutiremos esto constitucionalmente. *Si los quiere a ellos y aquí es donde la parte de la alianza entra, teníamos una alianza con Católicas por el Derecho a Decidir, quienes desde el interior de la iglesia Católica ellas [sic] defienden la posibilidad de un aborto* [ver "Catholics for Choice", en el capítulo 5]. Entonces si ellos querían el debate de la iglesia podían tenerlo y si querían el debate constitucional podían tenerlo pero eran debates separados. Y era una forma muy importante en la que primero educamos a los periodistas a través de la opinión pública que eran conversaciones diferentes.

Y finalmente, la cuarta estrategia fue también mapear a los magistrados. Encontrando a quién escuchaban, Y esto es algo que aprendimos de los publicistas. Ustedes saben que los comerciales de cereal para niños, están orientados a los niños, pero la persona que toma la decisión de comprar no es el niño, es el padre. Pero la persona a la que el padre escucha es el niño, entonces esa es la persona que conviertes en objetivo. Eso fue de alguna forma lo que tratamos de extrapolar a los magistrados. Entonces estábamos pensando en estos magistrados, y sólo estos en el medio, no estábamos pensando en los del extremo, ¿qué clase de periódicos leen? ¿Quién fue su mentor? ¿Dónde hicieron su PhD? ¿A qué colegio fueron? ¿Qué libros leen? ¿A quién le piden que haga los prólogos de sus libros cuando escriben uno? ¿A quién citan a menudo? Y eso nos dio indicaciones tanto de quiénes eran las organizaciones o personas a las que escuchaban, pero también cuáles eran los argumentos que eran más persuasivos para ellos. Porque, claro, aquí tienes un rango amplio de argumentos que puedes usar, pero teníamos que escoger aquellos que fueran los más efectivos para esos magistrados en particular. *Y el pensamiento detrás de esto es muy fácil. Los magistrados son personas, por lo tanto a ellos les gustan algunas cosas más de lo que les gustan otras y por supuesto ellos siempre tienen que justificar su toma de decisión en derecho y ser muy rigurosos, pero al final del día ellos están dentro del derecho, hay opciones y quisimos darles la mejor opción para ellos.*

Así que esas fueron las principales estrategias, de nuevo es muy fácil hablar de esto después. Ahora voy a mostrarles un video que dura creo que doce minutos y explica un poco más como desarrollamos las tres estrategias [sic] legal, comunicaciones y alianzas, y entonces después



de eso voy a hablar sobre lo que pasó después y espero que disfruten el video, es muy ‘cool’.

Video [sobre la demanda de inconstitucionalidad al artículo del Código Penal que penaliza el aborto].

Mientras terminan los créditos yo debería decirles que Martha Solay [la demandante en la sentencia C-355], de hecho murió un año después de ganar el caso. Esa Martha Solay, la mujer en el video, ella murió un año después que el caso se ganó. Empezó como un cáncer cervical, pero hizo metástasis durante su embarazo y entonces cuando dio a luz, era demasiado tarde como vieron en el video ella estaba con nosotros el día en que la decisión salió y fue realmente duro celebrar con ella, pero ella fue la primera saltando y gritando pero sabíamos que era demasiado tarde para ella, entonces eso fue muy difícil. *Una de las cosas que hicimos, y este es otro pie de página. Fue cuando la iglesia nos excomulgó, y esto es sólo de labios para afuera, porque yo nunca recibí mi certificado, que hubiera enmarcado y puesto en mi sala, pero sólo lo dijeron.* Hicimos camisetas y estábamos vendiendo esas camisetas en diferentes lugares a los qui fui a dar charlas pidiendo donaciones y construimos una casa para los hijos de Martha Solay. Entonces *esa fue nuestra forma de agradecerle por prestar su caso a la causa.* El otro comentario es que les pido disculpas por la calidad del video no es la mejor [sic] no se qué pasó, pero si pudieron leer la cita de la decisión, pueden estar de acuerdo conmigo en que eso es poesía judicial, me encanta. Y tenemos esta publicación, tenemos extractos de la decisión en español en inglés [sic] y estoy donando esto a la biblioteca aquí, pero también pueden encontrar eso en línea en nuestro sitio web.

Entonces esa es la parte feliz de la historia y yo *no sé si me creen que cambiar la ley fue la parte más fácil de esta lucha.* Hicimos eso en [sic] preparamos durante diez meses, la presentamos en abril de 2005 y obtuvimos la decisión en mayo de 2006 (...).

## 2. De la despenalización a la legalización

Tras esta primera etapa del “litigio estratégico”, vinieron sucesivos fallos de acciones de tutela que han ampliado el radio de acción de los abortistas, especialmente mediante la interpretación, tanto de la Constitución como de los fallos, que han hecho los responsables del frente jurídico para llevar a la legalización plena del aborto.

### 2.1. EQUIPARACIÓN DE LOS FALLOS A UNA LEY

Esta táctica semántica puede constatarse en el denominado resumen de “legislación” publicado por la más antigua e influyente organización para el control natal en Colombia, Profamilia, en el año 2012, cuya interpre-

tación de la sentencia C-355 de 2006 corresponde con la de una entidad que realiza abortos, y además resume las sentencias T-732 de 2009, T-585 de 2010 y T-841 de 2011, de la Corte Constitucional<sup>27</sup>:

“El próximo mes de mayo el reconocimiento del derecho de las mujeres colombianas a interrumpir voluntariamente su embarazo en tres circunstancias específicas cumple 6 años. La Corte Constitucional así lo decidió en la sentencia C- 355 de 2006 y durante este tiempo ésta ha venido ampliando el alcance del derecho que tienen las mujeres a decidir sobre continuar o no con un embarazo.

No se incurre en el delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos:

1. Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico. Debe entenderse que esta causal no cobija solamente la salud física, sino que también se extiende a aquellos casos en los cuales resulta afectada su salud mental;
2. Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y
3. Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto”.

Hasta aquí el resumen de lo dispuesto por la sentencia C-355 del 2006.

## 2.2. EDAD GESTACIONAL ILIMITADA PARA ABORTAR

A continuación, en el mismo resumen de “legislación” se afirma que en Colombia no hay límite en el tiempo de gestación para la realización de un aborto, y que ese límite tampoco puede ser fijado<sup>28</sup>:

“La sentencia [sic] ni normas legales han fijado límite temporal alguno para la realización de una interrupción voluntaria del embarazo en los casos despenalizados, por lo que no hay una regla general que impida la IVE después de cierto tiempo de gestación. Esta regla general tampoco puede ser establecida por los jueces ni por ninguna otra autoridad o particular que participe en el sistema de salud.

---

<sup>27</sup> “Guía sobre los diferentes aspectos del derecho de la mujer a interrumpir voluntariamente su embarazo”, p. 1. Documento electrónico.

<sup>28</sup> *Ibíd.*, p. 2.

### 2.3. PONDERACIÓN UTILITARISTA SOBRE EL VALOR DE LA VIDA DE LA MADRE Y EL BEBÉ

Hoy en día, los abortistas no discuten que el “nasciturus”, es decir, el ser humano en gestación, tenga una vida independiente de la de su madre; de hecho, ante la evidencia científica, han tenido que recurrir a juicios de valor utilitaristas, en los que se define quién tiene derecho a vivir, y quién debe morir, según el valor que se asigna a la vida de la madre o del hijo que espera<sup>29</sup> [cursiva dentro del texto original]:

#### “I. Antecedentes

a. La Corte decidió, con efectos de cosa juzgada constitucional, despenalizar la interrupción voluntaria del embarazo en tres circunstancias y esta decisión vincula a todas las personas, a los prestadores de servicios (públicos y privados) y a todas las autoridades sin excepción.

b. Cualquier medida orientada a proteger la vida del nasciturus (del que está por nacer) no puede significar atentar contra los derechos de la mujer embarazada.

La protección del que está por nacer no puede infringir (quebrantar) los derechos de la mujer embarazada a:

- Su dignidad.
- Su libertad en general.
- El libre desarrollo de su personalidad que le reconoce la posibilidad de autodeterminarse y configurar su propia identidad.
- Estar libre de toda suerte (tipo) de discriminación injustificada y de violencia, a la vida, a la salud integral –física y mental–.

d. [sic] Esta protección no puede desconocer los derechos de la mujer embarazada, porque aceptar una protección absoluta al valor de la vida del nasciturus y así penalizar (prohibir y castigar) el aborto en los tres casos mencionados equivale a permitir una intromisión estatal de magnitud desmesurada (excesiva, atrevida).

- Por ejemplo, en los casos en que el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto, prohibirle a la mujer interrumpirlo sería darle protección absoluta a la vida del feto sobre los derechos fundamentales de la mujer. Al darle protección absoluta al feto se estarían desconociendo y privando a la mujer embarazada de sus derechos al libre desarrollo de la personalidad y a su dignidad humana. Y son precisamente estos derechos los que no permiten ver hoy a la mujer embarazada como un “mero receptáculo”.

- Cuando se trata de un caso donde existe una grave malformación del feto que haga inviable su vida, prohibirle a la mujer interrumpir

---

<sup>29</sup> *Ibíd.*

su embarazo sería la imposición de una conducta que excede la que normalmente es exigible a una madre. Con la prohibición y castigo, se obligaría a la mujer a soportar la carga de un embarazo y luego la pérdida de la vida del ser que por su grave malformación es inviable. Además, la Corte consideró que en este caso también se estaría sometiendo a la mujer embarazada a tratos crueles, inhumanos y degradantes que afectan su derecho a la dignidad humana.

- Cuando se trata de un caso donde la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud (física o mental) de la mujer, prohibirle interrumpir su embarazo sería en todos los casos, un exceso. No se puede requerir que la vida de la mujer (ya formada), ceda ante la una [sic] vida en formación. Añadió también que no hay siquiera equivalencia entre el derecho a la vida o al de la salud (física o mental) de la mujer embarazada frente a la salvaguarda del embrión. La Corte resaltó que la mujer embarazada no puede ser obligada a asumir sacrificios heroicos y no puede ser conducida a entregar sus derechos para beneficiar a otros o al interés general”.

En síntesis, lo que se afirma es que el “derecho” de la mujer embarazada a interrumpir la vida del “que está por nacer” (del que se habla indistintamente de cómo “embrión” o “nasciturus”) es absoluto, y que el mismo nasciturus no tiene derecho al libre desarrollo de la personalidad, ni dignidad humana, y puede ser sometido a tratos crueles, inhumanos y degradantes, como cuando se le produce la muerte por inyección de solución salina en el vientre de la madre, o es descuartizado y succionado mediante una aspiradora, o removido mediante un curetaje, o expulsado mediante el uso de medicamentos que producen contracciones, etc. Además, si tiene una malformación que ponga en riesgo su vida (lo cual debería ser determinado más allá de cualquier duda razonable por médicos expertos), o si fue concebido tras una violación, puede ser discriminado en razón de su origen y producirse la muerte, lo cual, como se vio en los capítulos precedentes, es eugenesia pura.

#### 2.4. “CANONIZACIÓN” DE LOS “DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS”

A continuación, se hace un resumen de los “derechos sexuales y reproductivos”. Su lectura debe hacerse a la sombra de la ideología de la principal promotora de éstos, Margaret Sanger, y del padre de la revolución sexual, Alfred Kinsey:

“II. ¿En qué consiste este derecho?

El derecho que tienen las mujeres embarazadas a interrumpir su embarazo en estos casos es hoy un derecho reproductivo según la Cons-

titución, la jurisprudencia constitucional y los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. Los derechos sexuales y los derechos reproductivos reconocen y protegen la facultad de las personas, hombres y mujeres, de tomar decisiones libres sobre su sexualidad y su reproducción y otorgan los recursos (medios) necesarios para hacer efectiva tal determinación.

Los derechos reproductivos reconocen y protegen:

a. La autodeterminación reproductiva que reconoce, respeta y garantiza la facultad de las personas de decidir libremente sobre la posibilidad de procrear o no, cuándo y con qué frecuencia. El derecho a la autodeterminación reproductiva reconoce a las personas, en especial a las mujeres, el derecho a estar libres de todo tipo de interferencia en la toma de decisiones reproductivas, incluida la violencia física y psicológica, la coacción y la discriminación. Se vulnera (o no se cumple) este derecho cuando, por ejemplo, se presentan casos de embarazos, esterilizaciones, abortos o uso de métodos anticonceptivos forzados. Cuando se solicitan pruebas de esterilización o de embarazo para acceder o permanecer en un empleo.

Se reconoce también que este tipo de decisiones son personales. La decisión de la mujer de tener o no tener hijos no debe estar limitada por el cónyuge, el padre, el compañero o el gobierno. Gracias al derecho a la intimidad personal, las personas pueden exigir que la esfera de lo íntimo esté libre de interferencias arbitrarias externas.

Se viola este derecho cuando, por ejemplo:

I. Se obliga a la mujer a obtener autorización de su marido para realizarse una esterilización, o

II. Se establecen requisitos generales para la esterilización de la mujer, como por ejemplo, tener cierto número de hijos o cierta edad, o

III. Se obliga a que los médicos y otros funcionarios de salud informen sobre los casos de mujeres que se someten a abortos, o

IV. Se divulga o publica la decisión de una mujer a interrumpir su embarazo sin su expreso consentimiento, o

V. Un juez abusa de su posición y abandona su rol de operador jurídico para hacer un juicio moral sobre la vida sexual y reproductiva de la mujer.

Estas decisiones al ser personales son también íntimas (de la vida privada) que incumben solamente al individuo por corresponder al fuero personal. Además, le permiten al ser humano desarrollar su personalidad e identidad.

b. El acceso a servicios de salud reproductiva. Los derechos reproductivos reconocen, respetan y garantizan la facultad de las personas, en especial de las mujeres, de acceder a los servicios de salud reproductiva. Cuando se habla de acceso se está hablando de incluir entre otros:

I. Educación e información sobre toda la gama de métodos anticonceptivos.

II. El acceso y la posibilidad de elegir el método que se prefiera.

III. Contar con medidas que garanticen una maternidad libre de riesgos en los periodos de gestación, parto y lactancia.

IV. Contar con medidas que brinden las máximas posibilidades de tener hijos sanos.

V. Prevención y tratamiento de las enfermedades del aparato reproductor femenino y masculino.

VI. El acceso a los servicios de interrupción voluntaria del embarazo de forma segura, oportuna, confidencial y con calidad en los tres casos mencionados.

VII. Obligaciones y garantías por parte del Estado y de los prestadores y promotores del servicio público y privado de salud”.

En 1991 Profamilia había enviado su propuesta para que el control natal, llamado por ellos “planificación familiar”, fuera incluido en la redacción de la nueva Constitución política, aunque la Asamblea Nacional Constituyente no lo hizo. Pero esto no ha sido obstáculo para ellos<sup>30</sup>:

“El reconocimiento de la interrupción voluntaria del embarazo, en los tres casos mencionados, como un derecho fundamental protegido por la Constitución de 1991 impone tanto al Estado colombiano como a las EPS e IPS, independientemente de si son públicas o privadas, laicas o confesionales, una serie de obligaciones y garantías hacia las mujeres (...).

Los privilegios que conceden los derechos reproductivos, incluida la interrupción voluntaria del embarazo en los tres casos despenalizados, son parte de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución de 1991”.

## 2.5. GARANTÍAS DEL ABORTO LIBRE

A continuación se transcriben las “obligaciones”, varias de las cuales son en realidad prohibiciones, pero en todo caso encaminadas a garantizar el aborto libre<sup>31</sup>:

a. Obligaciones de respeto y garantía más importantes:

I. Las mujeres gozan del derecho a decidir libres de presión, coacción, apremio, manipulación y, en general, cualquier suerte de intervenciones inadmisibles respecto de llevar a término su embarazo o de interrumpirlo voluntariamente en los tres casos mencionados.

II. Todas las mujeres deben contar con la información suficiente, amplia y adecuada que les permita ejercer a cabalidad y en libertad sus derechos sexuales y sus derechos reproductivos, lo que incluye conocer

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 4.

<sup>31</sup> *Ibid.*, pp. 4-5.

que la sentencia C-355 de 2006 despenalizó el aborto en las tres circunstancias mencionados [sic] y por esta razón se constituye en un derecho optar por su realización o no.

III. Los servicios de interrupción voluntaria del embarazo en los tres casos despenalizados, deben estar disponibles en todo el territorio nacional.

IV. El personal de salud que atienda estos servicios está en la obligación de ofrecer plena garantía de confidencialidad.

V. El personal de salud debe respetar el derecho de las mujeres a la intimidad y a la dignidad. Guardar el secreto profesional se convierte en una obligación de primer orden para los prestadores de servicios de salud en relación con este tópico.

VI. Ninguna persona (las mujeres que deciden interrumpir su embarazo o quienes atienden su solicitud) puede ser objeto de discriminación o de prácticas que limiten en alguna forma o impidan su acceso al lugar de trabajo o a centros educativos o su afiliación al sistema general de salud o riesgos profesionales.

VII. Los departamentos, distritos y municipios están obligados a asegurar la disponibilidad de servicios de la red pública.

VIII. Ninguna entidad prestadora de servicios de salud, pública o privada, confesional o laica, puede negarse a la interrupción voluntaria del embarazo en estos tres casos.

IX. Todas las mujeres embarazadas, cualquiera que sea su tipo de afiliación a la seguridad social e independientemente de su condición social, económica, edad, capacidad de pago, orientación sexual o etnia tienen el derecho de interrumpir voluntariamente su embarazo si se encuentran en uno de los tres casos mencionados.

X. El plazo razonable para contestar una solicitud de interrupción voluntaria del embarazo y proceder a la misma, de ser médicamente posible, es de cinco días máximo”.

Como puede verse en el numeral VIII, se enfatiza en la prohibición (disfrzada de obligación) de oponerse a la realización de un aborto por parte de una entidad que sea, por ejemplo, de confesión católica. De hecho, en Colombia la mayoría de instituciones de salud confesionales son católicas. Luego se enumeran las que a juicio de Profamilia son verdaderas prohibiciones<sup>32</sup>:

“b. Prohibiciones

Está terminantemente prohibido elevar obstáculos, exigencias o barreras adicionales a los requisitos establecidos en la sentencia C- 355 de 2006. Entre las barreras inadmisibles se encuentran, entre otras:

I. Exigir juntas médicas, de revisión o de aprobación por auditores que demoren la práctica del aborto inducido.

---

<sup>32</sup> *Ibíd.*, pp. 5-6.

II. Impedir a las niñas embarazadas menores de 14 años manifestar libremente su consentimiento para interrumpir voluntariamente su embarazo, cuando sus progenitores o representantes legales no están de acuerdo.

III. Imponer requisitos adicionales como: a- dictámenes de medicina forense; b- órdenes judiciales; c- exámenes de salud que no son practicados oportunamente; d- autorización por parte de familiares, asesores jurídicos, auditores, médicos y pluralidad de galenos.

IV. Alegar objeción de conciencia colectiva que desencadenen, a su turno, objeciones de conciencia, institucionales e infundadas.

V. Firmar pactos, individuales o conjuntos, para negarse a practicar la interrupción voluntaria del embarazo.

VI. Acogerse a formatos o plantillas de adhesión cuyo resultado es que la entidad hospitalaria no cuente con personal para prestar los servicios de interrupción voluntaria de embarazo. Esto es inaceptable, pues el personal de la medicina sería víctima de discriminación una vez vinculado laboralmente.

VII. Descalificar conceptos emitidos por psicólogos a quienes la Ley 1090 de 2006 les reconoce el status de profesionales de la salud.

VIII. Negarse como psicólogo (a) adscrito a las E.P.S. a entregar un reporte escrito de la valoración realizada.

IX. Demorar la valoración médica sobre el peligro que representa el embarazo para la vida o la salud (física o mental) de la mujer.

X. Negar o dilatar la emisión del certificado médico una vez hecha la valoración o expedir uno que no corresponda con el diagnóstico efectuado.

XI. Ser reticentes en cumplir a cabalidad con las reglas de referencia y contrarreferencia imprescindibles para atender estos casos.

XII. No disponer dentro de algunas redes públicas de prestadores del servicio de salud en los niveles departamental, distrital y municipal del servicio”.

Todas estas prohibiciones resumen los mandatos judiciales de las sentencias en las cuales se basó Profamilia para elaborar su folleto, y en cuyos casos se presentaron “obstáculos” por parte de los médicos y/o instituciones que se negaron a practicar abortos en casos presuntamente incluidos en las causales de despenalización. En países que ya acumulan una trayectoria de décadas en la legalización del aborto, como España, o Estados Unidos, aspectos como la edad de consentimiento para la realización de una “IVE” aún son objeto de agrias discusiones legislativas. En Colombia, por vía judicial, se ha establecido que una menor de 14 años puede tomar la decisión de abortar sin ninguna clase de limitante, como lo afirma el numeral “II”.

En cuanto a la “objeción de conciencia”, resulta por lo menos irónico que se hable de una “intromisión estatal de magnitud desmesurada” cuando se



quiera defender la vida del que está por nacer, pero cuando alguien objeta por razones de conciencia los abortistas justifican esa misma intromisión, sin importar que

“Estas decisiones al ser personales son también íntimas (de la vida privada) que incumben solamente al individuo por corresponder al fuero personal. Además, le permiten al ser humano desarrollar su personalidad e identidad”.

## 2.6. LA SALUD MENTAL COMO CAUSAL PARA ABORTAR

El resumen de “legislación” ya citado también incluye las medidas tendientes a garantizar, de facto, el aborto libre en Colombia, de nuevo recurriendo al diagnóstico del riesgo para la salud mental<sup>33</sup>:

“c. Derecho al acceso - Obligación de garantizarlo

I. El derecho al acceso a los servicios de interrupción voluntaria del embarazo incorpora la faceta de diagnóstico y la correspondiente obligación de los promotores y prestadores del servicio de salud de garantizarla mediante protocolos de diagnóstico oportuno.

II. Tales protocolos deben ser integrales, es decir, deben incluir una valoración de la afectación de la salud mental, pues el peligro para la misma también es fundamento para la solicitud de una interrupción voluntaria del embarazo.

III. La suspensión provisional por parte del Consejo de Estado, del decreto 4444 de 2006 que reglamentaba la prestación de estos servicios, para nada puede afectar el ejercicio del derecho de las mujeres ni el cumplimiento de obligaciones de respeto y garantía por parte del Estado o los prestadores de servicios. Este se basó en de la Guía práctica del aborto de la Organización Mundial de la Salud.

IV. Sigue vigente el acuerdo N° 350 de 2006 expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud que incluye la atención para la interrupción voluntaria del embarazo en el Régimen Contributivo y en el Subsidiado.

V. Sigue vigente la Circular Externa 058 de 2009 expedida por la Superintendencia Nacional de Salud para que las EPS e IPS, independientemente de si son públicas o privadas, laicas o confesionales, cuenten con las personas profesionales de la medicina así como el personal idóneo y suficiente para atender el servicio de interrupción voluntaria del embarazo.

VI. La Circular Externa 058 de 2009 expedida por la Superintendencia Nacional de Salud reiteró también que para las EPS e IPS, in-

---

<sup>33</sup> “Guía sobre los diferentes aspectos del derecho de la mujer a interrumpir voluntariamente su embarazo”, p. 6.

dependientemente de si son públicas o privadas, laicas o confesionales, está prohibido sentar objeción de conciencia institucional e imponer obstáculos o exigir mayores requisitos a los exigidos en la Sentencia C-355 de 2006”.

Las referencias a las directrices impartidas por los órganos de salud competentes en Colombia aluden indirectamente a la Procuraduría General de la Nación. El Decreto 4444 del Ministerio de Salud en ese entonces estaba suspendido, como medida cautelar ordenada por el Consejo de Estado, y solicitada por la Procuraduría cuando demandó dicho acto administrativo. El Decreto fue posteriormente declarado nulo por la misma alta corte.

En cuanto a la Superintendencia Nacional de Salud, el compromiso del Estado colombiano con el control natal ha llegado a que dicha entidad publique en su propio sitio de Internet un “Manual”, elaborado por la organización abortista “Women’s Link Worldwide”, titulada “Lo que hay que saber sobre el aborto legal (2006-2013)”, y que, como su nombre lo indica, aborda con mucha más profundidad los sucesivos fallos de la Corte Constitucional, interpretados como una legalización del aborto<sup>34</sup>. Acerca de los llamamientos de la Procuraduría sobre las directrices mencionadas se tratará al abordar la sentencia T-627 de 2012, en el punto siguiente.

Como corolario a su folleto, Profamilia incluyó una afirmación que parece extractada de la autobiografía de Margaret Sanger, fundadora de la Federación Internacional de Planificación Familiar - IPPF (International Planned Parenthood federation)<sup>35</sup>:

“El no cumplimiento de las obligaciones y garantías o los reproches morales y religiosos lleva a las mujeres embarazadas, sobre todo aquellas menores de edad o de escasos recursos, a recurrir a procedimientos de interrupción voluntaria del embarazo fuera del sistema social en salud en condiciones inseguras que pueden llegar a causarles la muerte o dejar graves secuelas en su salud física y mental”.

Ya en 1959, Mary S. Calderone, directora médica de la naciente Federación Estadoundiense de Planificación Familiar (también fundada por Sanger), y cofundadora de SIECUS, afirmó<sup>36</sup>:

---

<sup>34</sup> “Lo que hay que saber sobre el aborto legal” (2006-2013), documento electrónico.

<sup>35</sup> “Guía sobre los diferentes aspectos del derecho de la mujer a interrumpir voluntariamente su embarazo”, p. 6.

<sup>36</sup> Mary CALDERONE STEICHEN, “Illegal Abortion as a Public Health Problem” p. 949. Documento electrónico.

“(…) 90 por ciento de los abortos ilegales están siendo realizados actualmente por médicos. Llámenlos como quieran, abortistas, o cualquier otra cosa, todavía son médicos, entrenados como tales; muchos de ellos tienen buena reputación en sus comunidades. Deben estar haciendo un buen trabajo si la tasa de mortalidad está tan baja como lo está. Cualquier problema que surja usualmente viene después de los abortos autoinducidos, que comprenden aproximadamente el 8 por ciento, o con el muy pequeño porcentaje que recurre a algún abortista no médico” (...).

Debe resaltarse que los abortistas insisten en la idoneidad de los psicólogos porque la práctica de la mayoría de abortos se hace invocando la causal de “grave riesgo para la salud física o mental de la madre”, específicamente la salud mental, en donde ni siquiera se requiere el concepto de un médico siquiátra, sino que basta el de un psicólogo. En la práctica también se observa que las instituciones que ofrecen abortos en Colombia cuentan con psicólogos dentro de su nómina, quienes valoran a la potencial “cliente” en función del posible riesgo que el embarazo representa para su salud mental, como por ejemplo la “Fundación Oriéntame”<sup>37</sup>:

“(…) Si estás viviendo un embarazo que te está generando angustia, depresión, insomnio u otras afecciones emocionales o físicas, seguramente tu embarazo está poniendo en riesgo tu salud, esto es una causa válida que te permite solicitar la interrupción del embarazo”.

Estas afirmaciones demuestran que las condiciones económicas adversas, o de cualquier otra índole, que causen a la mujer embarazada preocupación, son para los abortistas razón suficiente para acabar con la vida del que está por nacer. Sobresale la mención del insomnio, que suele acompañar el embarazo debido a los cambios hormonales que se producen en el cuerpo de la mujer, pero que no guarda relación necesariamente con situaciones que generen angustia. También se observa que la legalización de facto del aborto quiere ser aprovechada para ofrecerlo a mujeres de otras nacionalidades<sup>38</sup>:

“(…) Si te encuentras fuera de Colombia o estás en el país pero no tienes la nacionalidad colombiana, también puedes ser atendida en Oriéntame (...).”

Otro factor a tener en cuenta es la disponibilidad cada vez mayor de medicamentos abortivos cuya venta se ha liberado cada vez más, incre-

---

<sup>37</sup> Fundación Oriéntame, documento electrónico.

<sup>38</sup> *Ibid.*

mentando el número de abortos autoinducidos. Esto no ha sido obstáculo para que los abortistas recurran a esos casos para seguir promoviendo el aborto libre, como se verá en el punto 6.2.

### 3. Argumentos científicos en contra de las causales para abortar más frecuentes

#### 3.1. INCIDENCIA Y/O TRATAMIENTO DE LAS MALFORMACIONES FETALES

En cuanto a la causal eugenésica de “grave malformación que haga inviable la vida”, como causal de despenalización del aborto, ésta es cada vez menos sustentable debido a los avances médicos. Si bien es cierto que los abortistas suelen recurrir a casos como el de la anancefalia para impulsar la legalización del aborto en cualquier caso<sup>39</sup>, existen otras malformaciones fetales que solían ser fatales, pero que pueden ser tratadas, o no son tan catastróficas como se les hace parecer en los primeros diagnósticos.

Ejemplos de diagnósticos “catastróficos” son el de la trisomía en el par 13, también conocido como Síndrome de Bartholin-Patau, producida por la presencia de un cromosoma 13 adicional en las células, y el de la trisomía en el par 18, o síndrome de Edwards, el de ocurrencia más frecuente después del síndrome de Down. En el 2012 se elaboró un estudio a las familias de bebés que nacieron con uno u otro síndrome<sup>40</sup>:

“(…) Un total de 503 invitaciones a participar fueron enviadas y se completaron 332 cuestionarios (87% de tasa de respuesta basada en visitas al sitio, 67% de las invitaciones enviadas) por los padres de 272 niños. Los padres reportaron que se les dijo que su hijo era incompatible con la vida (87%), llevaría una vida de sufrimientos (57%), sería un vegetal (50%), o arruinaría a su familia (23%). También se les dijo por parte de algunas instituciones de salud que sus hijos podrían tener una vida con sentido

<sup>39</sup> El reciente caso de “Beatriz” (nombre cambiado), una mujer salvadoreña embarazada, que sufre de lupus y supuesta insuficiencia renal (lo cual no era cierto), y cuyo “nasciturus” tenía anancefalia, fue utilizado como plataforma para legalizar el aborto en El Salvador, donde está penalizado: [www.es.amnesty.org/actua/acciones/elsalvador-beatriz/](http://www.es.amnesty.org/actua/acciones/elsalvador-beatriz/). Consultada el 21 de marzo de 2014. A pesar de los esfuerzos por conseguir que se le practicara un aborto, afirmando que de lo contrario moriría, “Beatriz” sobrevivió, y su hija murió cinco horas después de nacer por cesárea: [noticias.univision.com/article/1563836/2013-06-09/america-latina/el-salvador/caso-beatriz-estrategema-para-intentar](http://noticias.univision.com/article/1563836/2013-06-09/america-latina/el-salvador/caso-beatriz-estrategema-para-intentar). Consultada el 21 de marzo de 2014.

<sup>40</sup> JANVIER, Anne. FARLOW, Barbara. WILFOND, Benjamin S. “The Experience of Families With Children With Trisomy 13 and 18 in Social Networks”, documento electrónico.

corta (60%), sin embargo. Treinta por ciento de los padres solicitaron ‘plena’ intervención como plan de tratamiento. Setenta y nueve de estos niños con pleno T13-18 todavía están vivos, con una edad promedio de 4 años. La mitad reportaron que cuidar de un niño discapacitado es/fue más duro de lo que ellos esperaban. A pesar de sus discapacidades severas, 97% de los padres describieron a su hijo como un niño feliz. Los padres reportaron que estos niños enriquecieron a sus familias y a su pareja sin importar la duración de sus vidas.

(...) Los padres que se involucran con grupos de apoyo parental pueden descubrir una descripción alternativa positiva de los niños con T13-18. Los desacuerdos sobre las intervenciones pueden ser el resultado de diferentes interpretaciones entre las familias y las instituciones de salud sobre las experiencias de los niños discapacitados y su calidad de vida”.

### 3.2. VIABILIDAD MÉDICA VS. VIABILIDAD ECONÓMICA

Entre otros numerosos ejemplos (espina bífida, insuficiencia cardíaca congénita, transfusión fetal gemelar, etc.) hoy en día pueden tratarse quirúrgicamente malformaciones que de otro modo harían inviable la vida. El Jackson Fetal Therapy Institute (Instituto de Terapia Fetal de Jackson) ha liderado la investigación para ofrecer tratamiento a este tipo de malformaciones, logrando grandes avances, como en el caso del teratoma bucal<sup>41</sup>.

Naturalmente, estos tratamientos implican costos, y en la medida en que las mujeres embarazadas no puedan acceder a ellos por falta de dinero, se les ofrecerá la opción de abortar, más fácil y asequible, tanto para ellas como para las empresas promotoras de servicios de salud a las que estén afiliadas. Por eso se invierten tantos recursos en la “salud sexual y reproductiva” (esterilización permanente y temporal, anticonceptivos subsidiados, abortos) de las “poblaciones vulnerables”, en vez de dedicarlos a costear tratamientos de medicina fetal, o la investigación para desarrollarla y reducir sus costos.

Si bien es cierto que no todas las malformaciones congénitas son tratables mediante la medicina fetal, también es cierto que dichas malformaciones no son frecuentes<sup>42</sup>:

(...) Los defectos congénitos impactan a alrededor de uno de cada 40 embarazos, siendo algunos tan graves que no se han generado tratamientos eficaces en la medicina moderna. Hay otros defectos congénitos que se pueden tratar después que nace la criatura.

Pero cuando la vida o salud del feto corre peligro, la única respuesta es la terapia fetal. Este ramo de la medicina de rápido crecimiento se

<sup>41</sup> Jackson Fetal Therapy Institute, documento electrónico.

<sup>42</sup> Folleto resumen publicado por el Jackson Fetal Therapy Institute, documento electrónico.

enfoca en diagnosticar y aplicar tratamientos a ciertos defectos congénitos y padecimientos de alto riesgo durante el embarazo, mientras el bebé aún se encuentra en el vientre de la madre. En el tratamiento fetal pueden figurar la evaluación, el asesoramiento, el tratamiento intrauterino o todos estos conceptos (...).”

Para atender estos casos, al menos todavía existen instituciones que pueden dar valor tanto a la vida del que está por nacer como a la de su madre.

#### *4. La sentencia T-627 de 2012: Continuación del litigio estratégico para legalizar el aborto en Colombia*

La organización “Women’s Link Worldwide” también fue la encargada de este nuevo episodio en la guerra para legalizar el aborto en Colombia. El objetivo era el siguiente<sup>43</sup>:

“(...) El veintiuno (21) de septiembre de dos mil once (2011) la ciudadana Mónica del Pilar Roa López y otras 1279 mujeres (...) interpusieron acción de tutela para solicitar el amparo de sus derechos fundamentales a la información, a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, a la salud, a la educación y a beneficiarse del progreso científico, además de sus derechos reproductivos, los cuales en su opinión han sido y continúan siendo vulnerados y amenazados por el Procurador General de la Nación, Alejandro Ordóñez Maldonado, la Procuradora Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia, Ilva Myriam Hoyos Castañeda, y la Procuradora Delegada para la Función Pública, María Eugenia Carreño Gómez (...).”

Como anexo se han extractado las afirmaciones más relevantes de la demanda, y de las cuales se resumen las conclusiones expuestas a continuación.

##### *4.1. RESUMEN DEL CONTENIDO DE LAS AFIRMACIONES DE LA DEMANDA*

De los apartes transcritos pueden extraerse varias conclusiones:

- a) A juicio de las “peticionarias”, los funcionarios públicos no pueden expresar sus opiniones, ni siquiera cuando se fundamentan

---

<sup>43</sup> Sentencia T-627 de 2012, documento electrónico.

- en hechos científicamente comprobables, en la medida en que esos mismos hechos no concuerden con la “ciencia” invocada por quienes defienden el aborto.
- b) Las entidades públicas sólo pueden expresar posiciones sobre algún tema particular en la medida en que esté científicamente sustentada –siempre y cuando concuerde con lo que los abortistas consideren científicamente aceptable–, mientras que las organizaciones no gubernamentales que promueven el aborto están en libertad de proveer cualquier información que consideren adecuada a sus fines, aunque la evidencia científica la contradiga.
  - c) El “progreso científico” sólo es considerado como tal por los abortistas en la medida en que conduzca a una mayor libertad sexual, es decir, a una reformulación del principio de utilidad: “el mayor placer (sexual) para el mayor número, sin consecuencias en el aumento de la población”. De allí que el “todo vale” de la revolución sexual impulsada por Alfred Kinsey deba conjugarse con los “derechos sexuales y reproductivos”, originados en las ideas eugenésicas de Margaret Sanger.
  - d) La violencia sexual, hecho aberrante, sirve como puerta de entrada para el aborto en todos los casos. El riesgo para la salud de la madre, aunque se trate de “angustia, depresión o insomnio”, certificados por un profesional de psicología, sirve como puerta de entrada para el aborto en todos los casos. Las graves malformaciones que hagan inviable la vida del nasciturus, aunque el “progreso científico” ayude a su tratamiento, aunque el diagnóstico pueda ser errado, aunque la mayoría de los padres de niños que sobreviven al diagnóstico catastrófico postparto describen esa vida como “feliz”, y aunque sea una causal abiertamente eugenésica, son la puerta de entrada para el aborto en todos los casos. La objeción de conciencia no es causal válida para negarse a practicar una “IVE”, en ningún caso.

#### 4.2. REFERENCIA A LA APROBACIÓN DE LA INCLUSIÓN DE MEDICAMENTOS CON POTENCIAL ABORTIVO EN EL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD- POS, EN EL FALLO

Un aspecto que requiere examen aparte en el trámite de la sentencia T-627 fue la aprobación de los medicamentos levonorgestrel y misoprostol por parte de la entidad competente, y cuyo procedimiento fue señalado por la Procuraduría en su defensa [*cursiva dentro del texto original*; se conservan los pies de página originales en su orden]:

“[R]especto de la posición de la Procuraduría y del Procurador General sobre la naturaleza abortiva de la anticoncepción oral de emergencia, el apoderado [de la Procuraduría] la defendió en el sentido de que “corresponde a la verdad, de conformidad con las fuentes consultadas frente al tema”<sup>44</sup>. Así, transcribió el concepto rendido por la Procuraduría en la acción popular presentada por la Corporación Foro Ciudadano en contra del INVIMA en la que se pretende cancelar los registros sanitarios de los medicamentos cuyo principio activo es Levonorgestrel<sup>45</sup>. En este sentido, manifestó que “la Procuraduría considera que una vez producida la fecundación, es cuando se produce la concepción de un nuevo ser humano, que necesita de especial protección respecto de medicamentos que eventualmente estén en capacidad de destruirlo y por lo mismo la afirmación realizada en la demanda es temeraria, al margen de que en determinado proceso se haya podido afirmar otro tipo de situaciones, en las que seguramente no se consideraron los argumentos aquí expuestos, con relación a dicho tema”<sup>46</sup>. Allegó un documento en el que consta que la referida acción popular no ha sido fallada aún en segunda instancia<sup>47</sup>.

En un documento posterior, entregado el veintinueve (29) de septiembre de 2011, el apoderado aportó el Informe Técnico 461 de la Organización Mundial de la Salud, emitido en 1970<sup>48</sup>. Expresó que allí “se define el aborto como la interrupción del embarazo antes de que el feto sea viable y al analizar la implantación del óvulo fecundado precisa que: ‘La falta de implantación de un óvulo fecundado constituirá o no un aborto según la definición que se adopte de la concepción y del embarazo. Si se considera que la concepción ocurre en el momento en el que se unen el espermatozoide y el óvulo, el óvulo fecundado es ya un producto de concepción y la falta de implantación constituirá por tanto un aborto, pero si se acepta que el embarazo se inicia con la implantación, la pérdida del óvulo ocurrida antes de ese momento no podrá considerarse como aborto’. En el caso colombiano insistimos, la tesis que asumió la Corte Constitucional, al proferir la sentencia C-355 de 2006, fue la de no ser competente para establecer cuándo comienza la vida, pero, se entiende, la de reconocer la existencia del bien jurídico de la vida desde la fecundación del óvulo por parte del espermatozoide, lo que significa que sí es aborto la interrupción del embarazo a partir de dicho momento, al margen de que el cigoto no se haya implantado en el útero. En tal sentido, no es cierta la afirmación contenida en la demanda en cuanto se está tergiversando lo dicho por la OMS, en cuanto el Postinor no es abortivo, por cuanto la aceptación parte de la aceptación de la tesis a partir de la implantación

---

<sup>44</sup> Folio 11, anexo 1.

<sup>45</sup> Folio 12, anexo 1.

<sup>46</sup> Folio 13, anexo 1.

<sup>47</sup> Folios 161-162, anexo 1.

<sup>48</sup> Folios 43 y ss, anexo 2.



del óvulo en el útero, sin consideración al germen de vida que parte de la fecundación, por lo menos dentro de nuestro orden jurídico vigente<sup>49</sup>.

En el primer escrito presentado al juez de primera instancia agregó que una de las peticionarias –Mónica del Pilar Roa López– tiene un “conflicto de intereses en relación con el producto Postinor”, ya que es integrante de la organización Women’s Link Worldwide, en cuya junta directiva “tiene asiento la Directora de Profamilia, María Isabel Plata<sup>50</sup>, siendo Profamilia la persona jurídica que es titular de la patente del producto Postinor, sustancia que de las tres (3) posibilidades de uso que tiene, al menos uno (1) de ellas es eminentemente abortivo”<sup>51</sup>. Adjuntó el registro sanitario de los productos Postinor 1 y 2, cuyo principio activo es Levonorgestrel, en los cuales consta que Profamilia está autorizado para ser el importador de los mismos<sup>52</sup> (...).

Y enseguida citó la sentencia C-133 de 1994, en la cual, a su juicio, “tomando como fuente un soporte técnico, la Corte Constitucional consideró que la vida humana comienza al momento de la concepción, que a su vez se realiza en el momento de fecundar el óvulo”, lo que en su sentir fue reiterado en la sentencia C-013 de 1997<sup>53</sup>. También hizo referencia a la sentencia C-591 de 1997 y, específicamente, a un aparte de la misma en la cual se afirma que, de los artículos 90 y 1019 del Código Civil, “se deduce que la existencia legal comienza en el momento del nacimiento; y la vida, en el momento de la concepción”<sup>54</sup> (...).

[E]n lo que toca con la intervención de la Procuraduría en el proceso de consulta acerca de la inclusión del misoprostol en el POS, manifestó el apoderado que una de las demandantes, “la doctora Roa López, pretende que por vía de tutela se expida la autorización de la utilización de un producto cuya patente ostenta, sin considerar que el tema aún no ha sido objeto de reglamentación a través de una ley como es debido, sobre la base de lograr obtener su comercialización sin ninguna restricción, sin considerar que el uso abusivo del medicamento misoprostol (e igualmente el postinor) puede eventualmente ser considerado como delictual”. Así, en su opinión, “lo que le asiste en el fondo a la señora Mónica del Pilar Roa López es el interés en poder comercializar libremente dichos productos, sin considerar el riesgo o la posibilidad de que dicho criterio conduzca a fomentar la práctica de conductas consideradas delictuales”<sup>55</sup>.

Agregó que “el registro de uso del producto [misoprostol] hasta la presente fecha solo se da para inducir al parto o para contener la hemorragia, pero en caso de que se tenga evidencia de que el feto se

---

<sup>49</sup> Folios 25 y 26, anexo 2.

<sup>50</sup> Folios 159-160, anexo 1.

<sup>51</sup> Folio 11, anexo 1.

<sup>52</sup> Folios 154-156, anexo 1.

<sup>53</sup> Folios 18-21, anexo 1.

<sup>54</sup> Folios 21-23, anexo 1.

<sup>55</sup> Folio 26, anexo 1.

encuentre fallecido y no en el caso de que el feto aún se encuentra vivo (...) el INVIMA se vio precisado a negar dicha petición de registro como medio de interrupción válido para interrumpir el embarazo<sup>56</sup>, no obstante la demandante considere que ello se debió a la intervención de la Procuraduría, sobre cuyo particular se afirma que la carencia de rigor técnico en las apreciaciones de la demandante, se pretenden suplir con el hecho de atribuir a la Procuraduría, situaciones que desbordan la competencia que a la entidad le asiste (...) la entidad no puede autorizar los medicamentos del POS, ni la comercialización de ningún producto; y aunque tenga facultades para solicitar a las autoridades competentes asumir medidas tendientes a evitar la propagación del uso inadecuado de tales sustancias, que igualmente pueden resultar gravemente lesivos para el derecho fundamental a la vida, el ente administrativo es quien en definitiva asume la decisión y no el ente de control<sup>57</sup>.

En ese sentido, argumentó que “las advertencias relatadas con el fin de que las autoridades competentes al momento de tomar las decisiones respectivas, tengan en cuenta tales situaciones, no es lesivo para el derecho a la información, sino por el contrario representa un desarrollo del mismo, tema que de paso se aclara, no es objeto de discusión entre los expertos y aún entre los productores de este tipo de sustancias, lo cual de paso permite afirmar que la opinión de la entidad no es la única que ratifica dichas posturas, aclarando no obstante que el hecho de que en algunos países no se considere el aborto como delito, no implica que en Colombia se haya abolido tal consideración”<sup>58</sup> (...).

#### 4.3. EL PROCEDIMIENTO SEGUIDO EN LA REVISIÓN POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

La acción de tutela fue negada el cinco (5) de octubre de 2011 por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá, que decidió declararla improcedente. Dicho fallo fue impugnado por las “peticionarias”, y el 17 de noviembre de 2011 la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura decidió confirmar la decisión de primera instancia. Como se verá en el punto 6.7.7, el 15 de noviembre de 2011 la activista Mónica Roa reconoció públicamente que habían “planeado perder”, y que ella y las demás “peticionarias” sabían que la Sala de Revisión de la Corte Constitucional escogería su acción de tutela para proferir un fallo en un sentido diferente.

---

<sup>56</sup> Adjunta las actas 20 de 2007 y 29 de 2010 de la Comisión Revisora, Sala Especializada de medicamentos y productos biológicos, del INVIMA en los folios 164-169, anexo 1.

<sup>57</sup> Folios 26 y 27, anexo 1.

<sup>58</sup> Folio 27, anexo 1.

En junio de 2012, la Sala de Revisión solicitó información a varias entidades, con respecto al procedimiento para aprobar el uso del Misoprostol [cursiva dentro del texto original; se conservan los pies de página originales en su orden; subraya y negrilla fuera del texto original]:

“Primero.- ORDENAR que por Secretaría General se solicite al Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (INVIMA) que, en el término de ocho (8) días hábiles contados a partir de la notificación del presente Auto, informe a este despacho, adjuntando los soportes documentales correspondientes, si algún medicamento que contenga el principio activo Misoprostol tiene registro sanitario otorgado por esa entidad. En caso de ser así, deberá informar además cuál o cuáles son y en que términos se concedió su registro sanitario.

Segundo.- ORDENAR que por Secretaría General se solicite a la Comisión de Regulación en Salud (CRES) que, en el término de ocho (8) días hábiles contados a partir de la notificación del presente Auto, informe detalladamente a este despacho, adjuntando los soportes documentales correspondientes, en qué consistió y cómo se desarrolló el proceso de consulta sobre la inclusión del medicamento misoprostol en el Plan Obligatorio de Salud -ordenado a través del acta 20 del 29 de diciembre de 2010- y cual fue la decisión particular que se tomó al cabo del mismo, así como los fundamentos específicos de la misma.

Tercero.- SUSPENDER los términos para decidir en el asunto de la referencia hasta tanto se adelanten y verifiquen las actuaciones ordenadas”.

(...) Los documentos solicitados a la CRES llegaron al despacho del Magistrado Sustanciador el veintiocho (28) de junio de 2012. Informa que el proceso de consulta sobre la inclusión del medicamento misoprostol en el POS se desarrolló junto con el de otros dos medicamentos, los cuales fueron incorporados al POS mediante el acuerdo 25 del 24 de mayo de 2011 emitido por la CRES<sup>59</sup>.

Acerca de la forma en que se desarrolló este proceso la entidad explicó que firmó el contrato 040 de 2010 con el consultor Universidad Nacional para (i) revisar “la literatura de la medicina basada en la evidencia en relación con la seguridad y efectividad de cada una de las tecnologías estudiadas”<sup>60</sup> lo que permite “concluir las indicaciones para las cuales la tecnología estudiada se muestra segura y efectiva”, (ii) estudiar “el impacto económico de la inclusión de la tecnología en el POS teniendo en cuenta los costos y/o ahorros para las indicaciones en las cuales se mostró efectiva y segura la tecnología” y (iii) estudiar “el impacto sobre la Unidad de Pago por Capitación tanto para el Régimen Subsidiado como para el Régimen Contributivo de la tecnología con sus indicaciones clínicas”. Precisó que, en el documento final, “para el caso que nos ocupa (...) el

---

<sup>59</sup> Folio 253, cuaderno principal.

<sup>60</sup> Folio 254, cuaderno principal.

consultor recomendó que se estudiara (...) para posible inclusión al POS el medicamento Misoprostol” y que “se verificó por parte la UAE CRES que Misoprostol era el único medicamento (tecnología disponible), que tenía una autorización específica en la indicación de maduración del cuello uterino, por parte del INVIMA”<sup>61</sup>.

Hecho lo anterior, la CRES dijo que aseguró “la participación efectiva de la comunidad médica y de los usuarios”. Respecto de la primera indicó que “la comunidad científica en general recomendó la inclusión del Misoprostol en el POS (...) Señaló entre otros aspectos que (...) disminuiría efectos adversos de procedimientos más invasivos que se llevan a cabo por falta de un fármaco para la maduración del cuello uterino para el caso de los abortos retenidos y los casos indicados por la norma de interrupción voluntaria del embarazo. Igualmente señalaron otras indicaciones en las cuales hay efectos positivos del Misoprostol en Gineco Obstetricia como es la hemorragia postparto”<sup>62</sup>.

*En lo que toca con los segundos –los usuarios– explicó que “se organizó por parte de la UAE CRES el proceso de consulta ciudadana en el cual se adelantó la publicidad requerida y se dispuso en el sitio web oficial de la entidad lo necesario para que los ciudadanos y entidades dieran sus apreciaciones frente a las tres tecnologías consultadas (...) La consulta ciudadana se llevó a cabo entre el 22 de enero y el 20 de febrero de 2011 inclusive. Los resultados de la consulta ciudadana en lo referente a la tecnología denominada Misoprostol, arrojaron lo siguiente: se presentaron 1.307 observaciones que apoyaban la inclusión del mismo en el Plan Obligatorio de Salud POS, en cumplimiento de la sentencia C-355 y en otras indicaciones clínicas, 1040 observaciones no apoyaron la inclusión y 208 no opinaron. Del total de 1.307 observaciones recibidas apoyando la inclusión del Misoprostol, 1279 procedieron de persona natural y 28 de entidades (...) Los datos finales de la Consulta Ciudadana dieron para el Misoprostol un 51.15% a favor de su inclusión y un 40.7% por la no inclusión, un 8.15% no opinó”<sup>63</sup> (...).*

Aparte del hecho de someter a votación pública un asunto que debería remitirse a conceptos científicos, resulta por lo menos curioso que, dentro del proceso de consulta fueran 1279 personas naturales quienes manifestaron que apoyaban la inclusión del Misoprostol en el Plan Obligatorio de Salud, el mismo número de “peticionarias” de la acción de tutela liderada por la activista Mónica Roa, excluida ella, probablemente por el conflicto de interés señalado por la Procuraduría en su defensa de primera instancia.

<sup>61</sup> Folio 255, cuaderno principal.

<sup>62</sup> Folio 256, cuaderno principal.

<sup>63</sup> Folio 275, cuaderno principal.

#### 4.4. INTERVENCIÓN DE ONG FINANCIADAS POR OTRAS ORGANIZACIONES EUGENESISTAS

La sentencia también señala que

“(…) Varios ciudadanos y organizaciones nacionales e internacionales no gubernamentales enviaron escritos de intervención, todos con el objetivo de apoyar las solicitudes de las peticionarias (…)”,

entre ellos, el “Área de Derechos Sexuales y Reproductivos del Programa de Derecho a la Salud de la División de Estudios Jurídicos del Centro de Investigación y Docencia Económicas de México”, la “Asociación por los Derechos Civiles de Argentina”, y el “Centro de Derechos Reproductivos” – CDR (Center For Reproductive Rights).

Sobre éste último, debe anotarse que en él trabajan Mónica Arango Olaya, quien ha trabajado tanto en la Corte Constitucional como en Women’s Link Worldwide<sup>64</sup>, y Valentina Montoya<sup>65</sup>:

“[A]ntes de llegar al Centro (...) trabajó en la Unviersidad de los Andes (...) llevando a cabo investigación y haciendo recomendaciones de política pública sobre violencia sexual contra personas con discapacidades. En la Universidad de los Andes (...) coordinó el grupo de investigación sobre Derecho y Género y llevó a cabo investigación sobre prostitución y tráfico, embarazo adolescente [sic], vivienda, y salarios de funcionarios públicos. También trabajó como asistente de investigación de DeJusticia, investigando cuotas electorales para mujeres, los derechos al matrimonio y la adopción de las parejas [sic] del mismo sexo, políticas estatales sobre desplazamiento forzado (...); [a]dicionalmente, Valentina ha trabajado con Women’s Link Worldwide, enseñó en la Universidad de los Andes (...)”.

En el escrito presentado por el CDR, se afirmó, entre otras cosas, lo siguiente [cursiva dentro del texto original; subraya y negrilla fuera del texto original]:

“(…) respecto de la población, los Estados tienen la obligación positiva de fomentar e impartir oficiosamente educación en materia de salud, incluyendo la salud sexual y reproductiva, no sólo garantizar pasivamente el acceso. Esto en cumplimiento de la transparencia activa que se mencionó antes, como principio rector de la garantía del acceso a la información. *Lo anterior incluye la organización de campañas de información sobre la salud*

<sup>64</sup> Mónica ARANGO OLAYA, documento electrónico.

<sup>65</sup> Valentina Montoya, documento electrónico.

*sexual y genésica*, como las que han sido ordenadas por la Corte Constitucional y que son materia de controversia en la tutela bajo revisión. (...)”.

Un “grupo de 82 hombres” presentó también un escrito de intervención el 1° de junio de 2012. Entre ellos se encuentra Santiago Pardo Rodríguez<sup>66</sup>, quien también ha sido profesor de la Universidad de los Andes<sup>67</sup>, y empleado de Women’s Link Worldwide<sup>68</sup>:

“(…) Abogado (2007) y magíster (2010) en Derecho de la Universidad de los Andes con un MSc in Law, Anthropology and Society (2011) de The London School of Economics and Political Science. Antes de unirse a Women’s Link Worldwide, se desempeñó como Auxiliar Judicial de la Corte Constitucional de Colombia (2007-2009) y como Investigador Asistente del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad –De-Justicia– y para el Instituto de Estudios para el Desarrollo y la Paz –In-depaz– (2009-2010)”.

Las opiniones de estas organizaciones en ningún momento fueron cuestionadas por existir un posible conflicto de interés en el asunto, ni por el halo de unanimidad con el que se maquilló el apoyo a la acción de tutela instaurada por Mónica Roa y las 1279 “peticionarias”.

#### 4.5. DECISIÓN DE LA SALA DE REVISIÓN

El fallo de revisión, proyectado por el magistrado Humberto Sierra Porto, acogió casi todas las exigencias de la demanda inicial:

“(…) En mérito de lo expuesto, la Sala de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

“RESUELVE

Primero.- LEVANTAR la suspensión de los términos en el presente proceso.

Segundo.- REVOCAR el fallo proferido por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura que decidió declarar improcedente el amparo de los derechos fundamentales de las actoras, para en su lugar CONCEDERLO por la violación y/o amenaza de los derechos fundamentales al acceso a los servicios de salud reproductiva, al libre desarrollo de la personalidad, a la vida, a la salud física y mental, a

<sup>66</sup> Anexo N° 2 de la Sentencia T-627 de 2012, N° 69 en la lista.

<sup>67</sup> Universidad de los Andes, documento electrónico.

<sup>68</sup> Women’s Link Worldwide, documento electrónico.

la interrupción voluntaria del embarazo y a la información en materia reproductiva, en la acción de tutela instaurada por Mónica del Pilar Roa López y otras 1279 mujeres en contra del Procurador General de la Nación, Alejandro Ordóñez Maldonado, la Procuradora Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia, Ilva Myriam Hoyos Castañeda, y la Procuradora Delegada para la Función Pública, María Eugenia Carreño Gómez.

Tercero.- ORDENAR al Procurador General de la Nación, Alejandro Ordóñez Maldonado, RECTIFICAR, en las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente sentencia, su comunicado de prensa de 21 de octubre de 2009, de manera personal, pública y con despliegue y relevancia equivalente, en el sentido de explicar que incurrió en una equivocación al referirse a las campañas ordenadas en la sentencia T-388 de 2009 como “campañas masivas de promoción del aborto como derecho” ya que, en realidad, éstas buscan promover que las mujeres colombianas conozcan el contenido de sus derechos sexuales y reproductivos, dentro de los cuales se encuentra la interrupción voluntaria del embarazo en las hipótesis despenalizadas.

Cuarto.- ORDENAR al Procurador General de la Nación, Alejandro Ordóñez Maldonado, MODIFICAR, en las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente sentencia, la posición oficial de la Procuraduría General de la Nación en el sentido de que, en Colombia, la anticoncepción oral de emergencia (i) no tiene carácter abortivo sino anticonceptivo, (ii) su uso no está restringido a las hipótesis despenalizadas de aborto, (iii) las mujeres que hacen uso de ella fuera de las causales despenalizadas de aborto no incurrir, en ningún caso, en el delito de aborto y (iv) hace parte de los servicios de salud reproductiva que las mujeres colombianas pueden libremente elegir. Tal modificación deberá hacerse, además, (i) de forma pública y (ii) con despliegue y relevancia equivalente a las declaraciones dadas por el Procurador General de la Nación el 7 de diciembre de 2009 al diario El Espectador.

Quinto.- ORDENAR a la Procuradora Delegada Ilva Myriam Hoyos Castañeda ENVIAR, en las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente sentencia, una comunicación al Superintendente Nacional de Salud en la que (i) RECTIFIQUE su oficio del 2 de marzo de 2010 en el sentido de aceptar que la Superintendencia Nacional de Salud está obligada a remover los obstáculos para el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo y (ii) REVOQUE su solicitud de modificación de la Circular Externa 058 de 2009.

Sexto.- ORDENAR al Procurador General de la Nación, Alejandro Ordóñez Maldonado, MODIFICAR, en las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente sentencia, los considerandos de la Circular 029 de 2010 para (i) eliminar aquel de acuerdo con el cual “como consecuencia de dicha decisión de suspensión provisional y entre tanto el Consejo de Estado no resuelva de fondo la constitucionalidad del Decreto 4444 de 2006, ninguna autoridad judicial o administrativa

puede restringir el derecho constitucional a la objeción de conciencia (artículo 18 de la CP) cuando este se invoque en oposición a la práctica de un aborto, el cual deberá protegerse (...)” y (ii) remplazarlo por uno en el que se describan claramente los límites que la jurisprudencia constitucional ha fijado para la objeción de conciencia a la IVE, tal y como fueron resumidos en el numeral 82 de la parte motivo de la presente sentencia. En el mismo término, se deberán COMUNICAR las modificaciones de la Circular a sus destinatarios.

Séptimo.- ORDENAR al Procurador General de la Nación, Alejandro Ordóñez Maldonado, ELIMINAR del numeral 8 de la primera directriz de la Circular 021 de 2011 toda referencia al derecho de las instituciones a objetar en conciencia o la posibilidad de su ejercicio colectivo, en lo que toca con la IVE, en las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente sentencia. En el mismo término, se deberán COMUNICAR las modificaciones de la Circular a sus destinatarios.

Octavo.- ORDENAR a la Comisión de Regulación en Salud que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente sentencia, LEVANTE la suspensión de la decisión acerca de la inclusión del principio activo misoprostol en el Plan Obligatorio de Salud y, en consecuencia, CONTINÚE su trámite desde la etapa en la cual fue suspendido.

Noveno.- PREVENIR a las Procuradoras Delegadas María Eugenia Carreño e Ilva Myriam Hoyos Castañeda para que se ABSTENGAN de interferir de manera infundada en el proceso de inclusión del misoprostol en el Plan Obligatorio de Salud, por ejemplo, reiterando las objeciones cuya fundamentación ha sido descartada en el numeral 90 de las consideraciones de la presente sentencia (...).”

El Procurador General acató el fallo, y yendo más allá, revocó la totalidad de los documentos que habían sido puestos en entredicho por las “peticionarias”. Dicho acatamiento fue comunicado el 19 de septiembre de 2012.

#### 4.6. LA CONFESIÓN DE LA LÍDER DEL “LITIGIO ESTRATÉGICO”

La misma activista Mónica Roa, durante la misma conferencia en Washington College of Law antes citada, dio su versión de la forma en que ella y las otras 1279 “peticionarias” lograron el fallo de la sentencia T-627<sup>69</sup>:

“Desde entonces [sentencia C-355 de 2006], la historia ha sido muy diferente. Por un lado, como lo mencioné al principio, *estamos muy conscientes que una decisión judicial no va a cambiar la realidad de un día para otro especialmente en un contexto en que el aborto era no solo un crimen, sino*

<sup>69</sup> Declaración Mónica Roa, documento electrónico.



*también un pecado. Especialmente cuando a los doctores un día les dicen si usted lleva a cabo un aborto es un crimen y usted se va a ir a la cárcel y al día siguiente se les dice usted está obligado a llevar a cabo abortos cuando son legales. Eso no es fácil y sabíamos, nosotros anticipamos eso, sabíamos también eso de nuestro ejercicio de derecho comparado. Entonces habíamos preparado talleres, dando información al público, a las mujeres, enseñándoles cómo reclamar sus derechos recién reconocidos, hablando con el sistema de salud pública, hablando con doctores, con los funcionarios públicos a cargo de garantizar estos derechos y monitorear y sancionar aquellos que no estaban cumpliendo, etcétera, etcétera. Y yo creo que estaba yendo un poco más lento de lo que a uno le gustaría que este proceso fuera, pero de acuerdo al plan. Eso es, hasta este tipo [guy] [el Procurador General Alejandro Ordóñez], por eso estoy llamando a esta segunda parte ‘De los Obstáculos a las Amenazas’. Obstáculos, sabíamos que íbamos a encontrar obstáculos, pero luego este tipo fue nombrado [no usa la palabra elegido (elected)] como Procurador General [sic] no hay figura equivalente así que voy a describir sus funciones para que ustedes entiendan.*

*Él está obligado a garantizar los derechos humanos en todas las acciones del Estado en Colombia. Él está obligado a asegurar que la jurisprudencia constitucional se cumpla por los servidores públicos y tiene la inspección disciplinaria de todos los servidores públicos en Colombia. Entonces él tiene mucho poder y este tipo es un loco [fanático - nut] religioso. Es un extremista. En su juventud, él quemó libros, los libros prohibidos. Y durante su adultez escribió libros que deberían ser prohibidos. Uno de los derechos más importantes que obtuvimos en la Constitución en 1991 es llamado el libre desarrollo de la [no usa la palabra apropiada en inglés –personhood en vez de personality] [personalidad] que es como llamamos nuestra cláusula de autonomía y él se burla de eso, él se burla en su libro que se llama ‘Hacia el libre desarrollo de la capucha animal [de nuevo el mismo error, usa animalhood ; podría ser animality] [animalidad] y eso es porque ese es el derecho que fue central para la discusión que llevó al reconocimiento de los derechos de la población LGBT. Entonces él está realmente diciendo que si seguimos presionando por ese derecho, nos vamos a convertir en animales.*

Sabíamos eso, leímos sus libros. En su libro, él dijo que los mandatos constitucionales que están en contra de la ley divina, tienes que cambiar la Constitución o tienes que hacer objeción de conciencia. *Entonces cuando fue nombrado [sic] como la persona a cargo de garantizar los derechos, estábamos muy asustados. Y ese miedo se convirtió en terror cuando esta mujer fue nombrada por él para estar a cargo de los derechos de las mujeres [a Procuradora Delegada para la Infancia, Adolescencia y la Familia, Ilva Myriam Hoyos]. La conozco personalmente porque lideró el movimiento antiaborto [“anti choice”] durante el proceso en la corte constitucional. Ella era la decana de la escuela de derecho en la Universidad del Opus [Dei] en Bogotá y ella misma escribió 47 interpelaciones [amicus] a la corte constitucional oponiéndose a la liberalización del aborto. Y esta es*

*una foto de ella muy bonita, ustedes probablemente pueden ver el parecido con 101 Dálmatas.* Ella está aquí diciendo que la separación de iglesia y Estado es peligrosa y ella ahora está a cargo de asegurar que los servidores públicos cumplan con la Constitución y con los derechos constitucionales. Entonces sabíamos que esto iba a ser difícil y empezamos a monitorear lo que esos dos estaban haciendo muy de cerca y por supuesto más temprano que tarde empezaron a darnos excusas para presentar quejas. Entonces la primera cosa que hicimos, presentamos una queja disciplinaria, y porque este tipo está a cargo de las quejas disciplinarias, tuvimos que presentarla directamente a la Corte Suprema. Estábamos diciendo que no solo él no está cumpliendo con sus funciones que son dadas por la Constitución, sino que él está usando su poder para sabotear esos derechos que él se supone que debe estar garantizando. Estas son fotos del día en que demandamos otra vez, tuvimos muchos medios. Esa queja ha estado quieta en la Corte Suprema por un año y medio y nada ha pasado. *No sabemos si vamos a ganar o no, pero como dije al principio, esto no es solo sobre ganar los casos legales, pero realmente usarlos como una excusa para articular y movilizar gente.* Entonces esa noche tuvimos una vigilia con velas siguiendo la que habíamos hecho previamente y que vieron en el video. Y esa fue una forma para nosotros de reclamar algunos de los símbolos [sic] yo creo que ustedes probablemente vieron que el derecho a la vida era central en nuestra queja y también estamos reclamando que la idea de encender velas es algo por las vidas de las mujeres. Entonces hicimos esta vigilia de velas y decimos 'No más medioevo [dark ages-edad oscura en lugar de middle ages-edad media]. Algunos de ustedes encontraron algunos fósforos, una caja de fósforos, hay algunos aquí al frente, no traje suficientes, lo siento, pero yo quería traerles algunos recuerdos. Eso es lo que produjimos e invitamos gente, distribuimos esos en las universidades, en la calle, en teatros e invitamos a la gente a venir, encender una vela, y entonces seguir con sus vidas, pero esto pasó la noche en que pusimos la queja.

También creamos un grupo en Facebook, se llama Colombia no tiene un Procurador. Ahora tenemos más de 3800 miembros y todos liberan su tensión, cuál es la palabra para eso, sí, ellos ventilan [vent]. Aquí es donde ellos ventilan, pero también donde compartimos información y noticias, etcétera. *Y por supuesto los medios también respondieron, como de costumbre, estas son las muestras de todos los artículos y editoriales que están siendo publicados constantemente sobre el Procurador y todos saben que es un chiflado* [en el video usa la palabra nutcase; en el transcript aparece not case]. Y también los caricaturistas se han divertido como nunca ridiculizándolo [smoking him]. Tómense un momento para disfrutar estas [muestra las caricaturas]. Para aquellos que vinieron al panel del almuerzo, yo dije que esto es una maratón, y porque es una maratón, tenemos que disfrutar el proceso. Así que realmente tenemos que burlarnos de esto o de lo contrario no vamos a tener suficiente energía para llegar hasta el final. Y estos son sólo ejemplos de cómo grupos que no son grupos legales, pero ellos toman de nuevo esta excusa para hacer protesta y movilización.

*La segunda estrategia que hicimos [sic] con el Procurador fue que en la misma forma que en el caso original, no alegamos por el argumento del estado secular. No lo usamos. Decidimos que este era el momento para traerlo y discutirlo. Teníamos la separación de la Iglesia y el Estado reconocida en la Constitución de 1991, pero ha sido discutida como tal hasta ahora. Entonces decidimos que nosotros íbamos a tener una serie de paneles en diferentes universidades invitando a líderes de opinión pública a hablar sobre el tema de la separación entre la Iglesia y el Estado. Tuvimos tres diferentes en diferentes universidades. Y esto también fue una forma de encontrar nuevos aliados que tal vez no hubieran aceptado una invitación para hablar sobre el aborto, pero estaban dispuestos y felices de hablar sobre la separación entre la Iglesia y el Estado. Y por supuesto, de acuerdo al plan, el Procurador era el ejemplo principal para la intervención de todos. Creamos un sitio web con información, estábamos twiteando [sic] los paneles mientras ocurrían. Los grabamos en algunas presentaciones y también entrevistas de los panelistas [sic], los colgamos en el sitio web así que este realmente fue un plan de bajo costo. Y por esto, hubo gente y grupos que empezaron a presentar quejas por su cuenta contra el Procurador por haber usado dinero público para, por ejemplo, construir esta pequeña iglesia en el edificio de la Procuraduría. O publicar esos calendarios que tienen citas bíblicas y que son parte de la Procuraduría. Entonces la gente comenzó a encontrar temas específicos sobre la violación de la separación entre la Iglesia y el Estado y empezaron a presentar quejas por su cuenta. Entonces no era sólo Mónica Roa o Women's Link combatiendo al Procurador, pero teníamos otras personas uniéndose a la batalla legal.*

Y luego la tercera, este es un artículo, de todas las tutelas, las tutelas son como [amparos] [en la transcripción aparece como inaudible pero el audio es perfectamente audible en ese momento] pero son desafíos muy expeditos en donde proteges derechos fundamentales y el juez tiene que responder en diez días hábiles, pero un derecho fundamental tiene que ser afectado o de lo contrario no puedes usar esa acción. Y luego la tercera, que es en la que actualmente estamos esperando una respuesta estábamos pensando constantemente... ok esto es lo que está pasando es que el Procurador [sostuvo] [debió haber usado held-sostuvo pero dijo kept-mantuvo] públicamente que el aborto no era un derecho, que la anticoncepción de emergencia era un abortivo, que los servidores públicos no tenían la obligación de remover los obstáculos para que las mujeres pudieran disfrutar estos derechos, etcétera. Y luego dando incluso información científica, que estoy segura que ustedes tienen ejemplos aquí, como que el Misoprostol no era seguro, etcétera. Y porque todos sabían su posición y su postura sobre el aborto, entonces los funcionarios públicos estaban muy asustados de cumplir con el mandato constitucional de garantizar el aborto. Entonces al principio estábamos tratando de pensar en un caso en el que por lo que el Procurador estaba diciendo, los funcionarios públicos estaban siendo disuadidos de garantizar los servicios de las mujeres. Pero fue imposible encontrar una mujer que pudiera probar que a ella no se le

*había dado servicio por lo que el Procurador estaba haciendo. Entonces lo que se nos ocurrió fue que íbamos a demandarlo por el derecho a la información. La información es uno de nuestros derechos constitucionales y la corte tiene jurisprudencia diciendo que una cosa son las opiniones y puedes decir cualquier cosa que quieras cuando estás dando tu opinión y eso está bajo la libertad de expresión, pero cuando estás dando información, mucho más cuando eres un servidor público, la información tiene que ser verdadera y confiable. Así que lo primero que hicimos fue documentar para un artículo que publicamos todas las mentiras [sic] del Procurador. Entonces las documentamos, probamos que eran mentiras. Y luego volvimos eso una acción de tutela y de nuevo, para que no fuera personal porque algunas veces se ve como si fuera Monica v. el Procurador y también porque no queríamos probar que estábamos buscando el derecho de toda [mujer] colombiana de edad representativa [en el audio y video dice reproductiva], lo que hicimos fue encontrar 1200 mujeres que estuvieran dispuestas a ser demandantes. Entonces trabajamos con nuestros socios en las diferentes regiones de Colombia y conseguimos 1200 mujeres firmando como demandantes. Y les dimos, este de nuevo el componente de comunicaciones, escogimos cinco de ellas de diferentes regiones les dimos entrenamiento en comunicaciones, entrenamiento para ser portavoces. Preparamos videos online con ellas explicando por qué es importante que el Procurador, la persona encargada de garantizar sus derechos, dé información confiable. Esta tutela ha sido negada en la primera instancia, pero eso pasa todo el tiempo, eso está en el presupuesto [budget]. Ahora está esperando [usa la palabra hoping, que hace referencia a la esperanza, en vez de usar waiting, que se refiere a esperar] ir a segunda instancia, y lo que realmente estamos esperando es que la corte constitucional que está hasta aquí [se señala la frente] con el Procurador ignorando su jurisprudencia va a tomar esta oportunidad para decirle, usted está yendo demasiado lejos. Y lo que le estamos pidiendo a la corte que haga, no estamos pidiendo que él sea despedido o sancionado, la corte constitucional no puede hacer eso, pero estamos pidiéndole a la corte que diga, 'usted tiene que admitir que usted mintió y usted tiene que suministrar información verdadera con la misma publicidad y por los mismos canales'. Si ganamos, va a ser más una victoria simbólica, y también una victoria práctica, porque entonces buena información va a estar ahí afuera.*

Él es implacable y eso pasa porque él realmente cree que ha sido escogido por Dios para tomar esta lucha. Él ha estado alineado con el partido conservador y presentaron lo que ustedes conocen como la enmienda de la persona, fue una propuesta de reforma del derecho a la vida en nuestra Constitución para proteger el derecho a la vida desde el momento de la concepción. Fue presentada en el Congreso. Junto con este argumento que siguieron usando, unos pocos magistrados de la corte constitucional no pueden cambiar lo que millones de personas en Colombia piensan del aborto. Así que [la] presentaron en el Senado y los derrotamos [hace] tres semanas. Entonces ese fue un gran triunfo y yo pienso que un resultado del trabajo que hemos estado haciendo estos cinco años. *Hace*

*cinco años era impensable que cualquier cosa en el Congreso, y creo que debería mencionar que hubo siete proyectos de ley de aborto presentados en el Congreso desde 1976 hasta cuando yo empecé a trabajar en esto, que es 2005, y siempre perdieron, nunca fueron tomados en serio. Y esta es la primera vez que un debate sobre el aborto en el Congreso en realidad gana. Entonces eso es algo para celebrar y como un movimiento y como una maratón, necesitamos celebrar cada vez que completamos una vuelta. Pero este plan B está ya en progreso, él ha presentado un proyecto sobre objeción de conciencia, que quiere conseguir objeción de conciencia para las instituciones y quiere obtener objeción de conciencia para servidores públicos. Entonces el estado de derecho se está yendo, no sé a dónde, con los servidores públicos haciendo lo que su conciencia les dice que hagan en oposición a lo que la ley les dice que deben hacer. Pero ahí estamos. La buena noticia es que nos estamos divirtiendo en el proceso. Es muy estimulante, [si tienes oponentes creativos dice en el audio y video] si quieres ver el vaso medio lleno, porque eso te empuja a ser aún más creativa. Nosotros nunca tendremos la disciplina que ellos tienen. Las noches del viernes, ellos se sientan y trabajan, las noches del viernes nosotros salimos y bailamos y bebemos, pero eso, de nuevo, nos da la energía para continuar. Nuestro expresidente de Colombia [César Gaviria], tuiteó [sic] la semana pasada que nuestra pelea con el Procurador era como David contra Goliath, así que quería usar esta imagen para mostrar eso (...)*

Se reitera que al momento de dar estas declaraciones públicas, en noviembre de 2011, Mónica Roa ya estaba “esperando” que la acción de tutela interpuesta fuera seleccionada para revisión por la Corte Constitucional, y sabía de antemano los lineamientos del fallo. También reconoció que lo que no pudieron lograr con la presentación de siete proyectos de ley para despenalizar y/o legalizar el aborto en Colombia, lo consiguieron a través de una sola sentencia, la C-355 de 2006, y los fallos posteriores de la misma Corte Constitucional, siguiendo el mismo modus operandi de la legalización gradual del aborto en EE.UU., primero con la despenalización, y luego con la sentencia “Roe vs. Wade”, que lo permitió en cualquier circunstancia.

Pero otro hecho llamativo del activismo judicial que desembocó en la sentencia T-627 es el número de peticionarias, 1280: Mónica Roa y otras 1279 mujeres. El número parecería casual, de no ser por la existencia de la novela negra publicada en 1965 “1280 Almas” (“Pop. 1280”) de Jim Thompson (1906-1977). En ella, el personaje central, un Sheriff negligente, corrupto y promiscuo, pero también astuto, que aspira a ser reelgido en un pequeño pueblo (Potts County), expone que se cree con el derecho a llevar a cabo sus crímenes por haber sido “escogido por Dios” para castigar a sus congéneres, en un delirio autojustificante que muestra el lado más oscuro de la naturaleza humana.

De ser cierta la referencia, y si en forma metafórica se alude a Colombia, se estaría diciendo que las mujeres colombianas –como las de la novela de Thompson– llevan una vida sexual caracterizada por la promiscuidad, y que son permanentemente agredidas por sus esposos, o cometen adulterios permanentemente. De ser cierta la referencia, en su jactancia, los abortistas estarían burlándose no sólo del Procurador General, sino de todo el pueblo colombiano al caricaturizarlo como un guiñapo de prejuicios, racismo, sexismo, violencia e ignorancia, que son los “atributos” observados en la sociedad de Potts County, caricatura a su vez de los estados sureños de EE.UU.

Mónica Roa, aparte de recurrir a toda clase de epítetos, lugares comunes y clichés para referirse al Procurador General y sus Procuradoras Delegadas, ni siquiera se tomó el trabajo de constatar si lo que afirmaba sobre un oratorio “construido con dineros públicos” era cierto. En realidad se trata de un espacio que se utilizaba para almacenar sillas de un auditorio, y que fue adecuado mediante contribuciones personales de algunos funcionarios, que sufragaron todos los gastos. De hecho, cuando la imagen de la Virgen María que se había ubicado allí fue destruida, al parecer por vandalismo, Mónica Roa envió un mensaje por la red Twitter: “[i]La Virgen de la Procuraduría no se aguantó más al Procurador y se suicidó!”.

Ahora bien, resulta difícil entender cómo organizaciones financiadas con miles de millones de dólares para promover la eugenesia pueden sentirse amenazadas por una institución como la Procuraduría General de la Nación de Colombia que, a la postre, termina siendo tan insignificante frente a la acción de la Fundación Rockefeller, Population Council, Fundación Ford, Open Society, IPPF, Fundación Bill y Melinda Gates, Fundación Hewlett, Fundación Packard, etc., que la situación descrita por Mónica Roa en realidad es la inversa: la Procuraduría sería el verdadero David, y el Goliat sería la revolución cultural que ha sido impuesta por estas organizaciones, y sus gobiernos cómplices, desde hace décadas, pero con mejores resultados mediante el litigio estratégico.

### *5. Información disponible sobre el efecto abortivo del levonorgestrel y el misoprostol*

Para mayor claridad, a continuación se cita la literatura científica que fue ignorada por la Corte Constitucional al desautorizar a la Procuradora Delegada María Eugenia Carreño en cuanto a sus afirmaciones sobre el uso del misoprostol, pero además se incluye lo concerniente al levonorgestrel, que también fue ignorado.

### 5.1. *EL LEVONORGESTREL*

En el año 2001, se publicó un estudio titulado “El efecto postfertilización de la contracepción hormonal de emergencia”, que recopilaba toda la literatura científica en inglés que desde 1966 hasta el mismo año 2001 se había publicado sobre el uso de anticonceptivos que contuvieran levonorgestrel. El estudio no fue mencionado en el trámite de revisión de la tutela que dio lugar a la sentencia T-627 del 2012, por lo cual queda la duda sobre las razones que llevaron al magistrado ponente, hoy en día magistrado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Humberto Sierra Porto, a afirmar tan categóricamente que la Procuraduría había mentido sobre los posibles efectos abortivos de la anticoncepción de emergencia. Dada la relevancia del tema, y que las conclusiones del estudio no han sido rebatidas científicamente, se transcribe en su totalidad en el anexo, conservando los pies de página originales<sup>70</sup>:

### 5.2. *EL MISOPROSTOL*

En cuanto al uso de este medicamento desarrollado para tratar úlceras gástricas, pero que tiene, entre otros efectos secundarios, causar abortos, baste citar la advertencia de una de sus formas de comercialización más conocida en Colombia, “Cytotec®”; la Administración de Alimentos y Drogas de EE.UU-FDA, en el año 2002, dijo lo siguiente con respecto a la información que debía ponerse en la caja de este medicamento<sup>71</sup>:

#### “ADVERTENCIAS

CYTOTEC (MISOPROSTOL) LA ADMINISTRACIÓN A MUJERES QUE ESTÉN EMBARAZADAS PUEDE CAUSAR ABORTO, NACIMIENTO PREMATURO, O DEFECTOS DE NACIMIENTO. LA RUPTURA DEL ÚTERO HA SIDO REPORTADA CUANDO CYTOTEC SE HA ADMINISTRADO A MUJERES EMBARAZADAS PARA INDUCIR EL PARTO O PARA INDUCIR EL ABORTO MÁS ALLÁ DE LA OCTAVA SEMANA DE EMBARAZO (VER TAMBIÉN PRECAUCIONES, Y TRABAJO DE PARTO Y NACIMIENTO). CYTOTEC NO DEBERÍA SER TOMADO POR MUJERES EMBARAZADAS PARA REDUCIR EL RIESGO DE ÚLCERAS INDUCIDAS POR DROGAS NO-ESTEROIDALES ANTI-INFLAMATORIAS (NSAIDS) (VER CONTRAINDICACIONES, ADVERTENCIAS Y PRECAUCIONES).

LOS PACIENTES DEBEN SER ADVERTIDOS DE LA PROPIEDAD ABORTIVA Y ADVERTIDOS DE NO DAR LA DROGA A OTROS.

Cytotec no debe ser usado para reducir el riesgo de úlceras inducidas por NSAID en mujeres con potencial de quedar embarazadas a menos

<sup>70</sup> Chris KAHLENBORN, Joseph B STANFORD, Walter L. LARIMORE “Postfertilization Effect of Hormonal Emergency Contraception”, pp. 465-470. Documento electrónico.

<sup>71</sup> Información publicada por la FDA para incluirse en el empaque de Cytotec, documento electrónico.

que la paciente esté en alto riesgo de complicaciones por úlceras gástricas asociadas con el uso de NSAID, o esté en alto riesgo de desarrollar ulceración gástrica. En tales pacientes, Cytotec puede ser prescrito si el paciente

- ha tenido una prueba de embarazo negativa por análisis de suero sanguíneo dentro de las dos semanas anteriores al inicio de la terapia.
- es capaz de cumplir con medidas anticonceptivas eficaces.
- ha recibido advertencias orales y por escrito sobre los riesgos del misoprostol, el riesgo de la posible falla en la anticoncepción, y el peligro para otras mujeres en potencial de quedar embarazadas si toman la droga por error.
- comenzará a tomar Cytotec sólo al segundo o tercer día del siguiente período menstrual normal”.

Como resulta evidente, los riesgos de tomar el misoprostol durante el embarazo, o para inducir un aborto fueron claramente advertidos por la autoridad encargada de aprobar su uso en EE.UU., pero, de nuevo, no aparecen mencionados en la sentencia T-627 de 2012.

## *6. Algunos ejemplos de la ofensiva para legalizar el aborto en Colombia, 2012-2014*

Casi simultáneamente con la publicación de la sentencia T-627 de 2012, comenzó una nueva ofensiva en la que las ONG ya mencionadas, junto con el gobierno de Colombia, buscaron acelerar la agenda de la legalización del aborto en Colombia.

### *6.1. LA “ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA - APP” GOBIERNO - ONG’S EUGENÉSICAS*

Un día después de anunciado el fallo de la sentencia T-627 de 2012, el gobierno de Colombia anunció su intención de ampliar los casos en que el aborto sería despenalizado<sup>72</sup> [subraya y negrilla fuera del texto original]:

“(…) El próximo martes, el Consejo de Política Criminal –en el que tienen asiento el Gobierno, las cortes, la Fiscalía, la Procuraduría y la Policía, entre otras autoridades– empezará a discutir un extenso documento, elaborado por una comisión encabezada por el Viceministro de Justicia, Farid Benavides. *El informe, que incluso aparece en la página web del Ministerio, plantea una revolucionaria posición frente al espinoso tema: dejar de perseguir a las mujeres que deciden abortar y concentrar esfuerzos en campañas de prevención y educación sexual.*

<sup>72</sup> Anuncio del gobierno colombiano, documento electrónico.



*‘Es indudable que para evitar los abortos clandestinos y amparar los derechos de las mujeres, Colombia requiere una despenalización mucho más amplia que la que actualmente existe de interrupción voluntaria del embarazo’, dice el documento.* El martes, la ministra Ruth Stella Correa anunció en el Congreso que ese informe será base de la discusión de un nuevo plan de política criminal, que debe estar listo antes de fin de año.

La comisión, que empezó a trabajar en tiempos del exministro Juan Carlos Esguerra, utilizó estadísticas sobre el aborto en Colombia y las comparó con las de los países donde ese procedimiento está despenalizado. Las cifras –dice el documento– ‘muestran que las leyes altamente restrictivas no están asociadas con bajos índices de abortos efectuados’. Y agrega: *‘La prohibición absoluta no evita los abortos. Por el contrario, hace que se realicen en condiciones precarias de clandestinidad’.*

*‘Campañas en vez de cárcel’ También recoge un estudio del Instituto Guttmacher que dice que cada año en Colombia 132.000 mujeres sufren complicaciones de salud por abortos clandestinos, cifra que representa el 30 por ciento de las mujeres que abortan ilegalmente en el país.*

Con ese contexto, el grupo, encabezado por el viceministro Benavides, señala que ‘una política criminal frente al aborto debe despenalizarlo mucho más ampliamente que lo previsto por la sentencia C-355 de 2006, puesto que el marco normativo derivado de esa sentencia es aún muy restrictivo y sigue provocando abortos clandestinos y afectaciones graves a los derechos de las mujeres’. La Corte legalizó los abortos en casos de violación, malformación del feto y grave riesgo para la salud de la madre. Luego de 5 años, los procedimientos legales apenas pasan de mil en todo el país. En todas las demás situaciones, una mujer que decide abortar se expone a una condena de hasta dos años de prisión. Aunque no propone una fórmula legal, la comisión señala que un eje en esa discusión debe ser el número de semanas de embarazo. “En la medida en que la gestación aumenta, se incrementa el interés legítimo del Estado en proteger esa vida en formación”, agrega.

En países como Bélgica, Estados Unidos, Italia y Dinamarca, que despenalizaron esta práctica, se puede abortar antes de las 12 semanas (3 meses de embarazo).

En España, Alemania y Francia, este plazo es de 14 semanas. ‘Si el Estado pretende proteger la vida desde la concepción, debería razonablemente optar por adoptar medidas de gran impacto en el objetivo perseguido. Es el caso de campañas de salud, capacitación en materia de salud sexual y reproductiva, servicios gratuitos de salud y asesoría en materia de planificación”, recomienda la comisión.

El extenso documento, que tardó un año en elaborarse, también plantea recomendaciones de medidas alternativas a la cárcel, la implementación de políticas restaurativas, fuero militar y cambios en la política antidrogas (...).

*La crisis carcelaria de Colombia, que tiene niveles de hacinamiento superiores al 47 por ciento, es el eje principal del documento elaborado por la comisión asesora, conformada por nueve reconocidos penalistas.*

En 135 páginas, el informe recomienda que se otorguen penas alternativas a la cárcel, de manera que los jueces puedan ordenar –dependiendo del delito, el daño y el victimario– medidas como reparación de las víctimas, trabajo a favor de la comunidad, arresto durante el tiempo libre o en fin de semana, entre otras posibilidades. El documento, que entrará a ser estudiado por el Consejo de Política Criminal, también pide que, antes de que los jueces envíen a una persona a la cárcel, cuenten con una especie de ‘certificado de disponibilidad carcelaria’, de manera que se garantice un cupo carcelario digno. *En el diseño de esta propuesta de política participaron los expertos penalistas Yesid Reyes, Rodrigo Uprimny, Iván Orozco, Julio Sampedro, Camilo Sampedro, Mariana Martínez, María Victoria Llorente, Daniel Mejía, Patricia Mantilla y el viceministro Farid Benavides, que tiene a su cargo la política criminal.* Las propuestas que acoja el Consejo de Política Criminal, que deberán estar definidas antes del 10 de diciembre, tienen dos escenarios: uno, llegar al Congreso a través de ley estatutaria, o ser avaladas en un documento Conpes, lo que las convertiría en política de Estado. (...).

El documento mencionado en el artículo fue elaborado por una comisión integrada por varios activistas, no sólo de la legalización del aborto, sino de las drogas estupefacientes, como Rodrigo Uprimny, fundador/director de “DeJusticia”, ONG financiada por la Fundación Ford<sup>73</sup> (ver capítulo 5) e indirectamente por Open Society Foundations, que a su vez financia a la “Fundación Ideas para la Paz”, dirigida por María Victoria Llorente, a través del proyecto “Verdad Abierta”<sup>74</sup>. Por su parte, Daniel Mejía es el director del “Centro de investigación sobre seguridad y drogas”<sup>75</sup> de la Universidad de los Andes, enfocado en lograr la legalización de las drogas estupefacientes, también con apoyo de Open Society Foundations<sup>76</sup>, y en la misma universidad figura como “Director Área de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología” de la facultad de Derecho, el entonces viceministro de política criminal Farid Benavides<sup>77</sup>.

## 6.2. EMPLEO DE LOS MISMOS ARGUMENTOS PARA LEGALIZAR EL ABORTO Y LAS DROGAS ESTUPEFACIENTES

También debe señalarse que el enfoque del documento mencionado es el mismo que viene repitiéndose como argumento para la legalización

<sup>73</sup> Fundación Ford, documento electrónico.

<sup>74</sup> Proyecto “Verdad Abierta”, documento electrónico.

<sup>75</sup> Centro de investigación sobre seguridad y drogas de Universidad de los Andes, documento electrónico.

<sup>76</sup> Open Society Foundations, documento electrónico.

<sup>77</sup> Farid BENAVIDES, documento electrónico.

de las drogas estupefacientes, es decir, la falacia de las “cárceles llenas de consumidores”, pero para el caso, cárceles supuestamente llenas de mujeres condenadas por abortar. Ante esa supuesta situación, una despenalización total descongestionaría el sistema carcelario. Haciendo eco de ello, el ya mencionado profesor de la Universidad de los Andes, y empleado de Women’s Link Worldwide, Santiago Pardo, hizo una “crónica” que sostiene el mismo absurdo<sup>78</sup> [negrilla dentro del texto original]:

“(…) Los hechos son reales pero por obvias razones de confidencialidad y seguridad he modificado los nombres de los involucrados y los lugares donde sucedieron los hechos.

*“Esperanza es una mujer joven, de 26 años, que se ganaba la vida preparando pan en Tunja. Un día del año pasado Esperanza llegó en la madrugada al servicio de urgencias de un centro de salud con fuertes dolores abdominales y sangrado vaginal. Carlos Contreras, el médico que se encontraba de turno ese día interrogó a Esperanza sobre las causas de su enfermedad. Después de unos minutos ella le confesó que estaba en estado de embarazo y que la noche anterior había ingerido unas tabletas de misoprostol, un medicamento indicado por la Organización Mundial de la Salud para la intervención voluntaria del embarazo, sin supervisión médica.*

*El doctor Contreras, violando todas las reglas de confidencialidad que le impone el secreto profesional (...) decide llamar al CAI más cercano para denunciar penalmente a Esperanza. Después de una hora, los agentes Martínez y Camacho llegan al hospital y el médico Contreras les muestra dos bolsas de residuos médicos: una con el feto y otra con las pastillas de misoprostol que encontró en la vagina de Esperanza.*

Después de ser estabilizada por los médicos, los agentes se llevan custodiada a Esperanza al hospital departamental. Ahí, vigilada siempre por la Policía, termina su recuperación. *Aplicando la figura de la flagrancia Esperanza fue enviada a un centro carcelario mientras el proceso penal avanzaba.*

En la primera audiencia ante el juez Esperanza niega los cargos, pero en una segunda audiencia la Fiscalía presenta un acuerdo donde por aceptar el delito de aborto iba a beneficiarse de una rebaja correspondiente a la mitad de la pena. El juez confirma el acuerdo, pero la Procuraduría presenta una apelación diciendo que la rebaja debía ser menor, pues se presentó en la segunda audiencia. El Tribunal que conoce de la apelación le da la razón a la Procuraduría y ordena que se haga un nuevo acuerdo con una rebaja de máximo una tercera parte de la pena. *Finalmente la Fiscalía presenta un acuerdo donde se contempla solo un beneficio de una doceava parte de la condena.*

La Fiscalía, entre otros testimonios, usa el de Humberto -compañero de Esperanza- para probar el delito que ella cometió. En el testimonio

---

<sup>78</sup> Crónica de Santiago PARDO, documento electrónico.

Humberto dice que no vive con Esperanza, pues tiene un tumor que le impide trabajar y mantenerla a ella y al hijo de 10 años que tienen juntos. Además de decir que no sabía nada sobre el embarazo de Esperanza, Humberto afirma que la noche de los hechos él la llevo a la clínica, pero que inmediatamente sufrió un ataque de epilepsia que lo dejó inconsciente, por lo que solo [sic] se enteró del aborto la mañana siguiente.

Finalmente Esperanza es condenada a un año y dos meses de prisión y se le otorga el “beneficio” de una rebaja de un mes de condena. Actualmente cumple su pena en su casa, pues el juez le otorgó la casa por cárcel.

Colombia insiste en perseguir a mujeres solas, consumidas por el miedo y que sin ninguna atención médica y psicológica tienen que tomar decisiones trascendentales sobre su cuerpo y su futuro. *Pero bueno, por lo menos en este caso todo el peso de la ley cayó sobre una delincuente. (...)*

Si algo prueban los hechos relatados es que la mayor disponibilidad del misoprostol ha incidido en la realización de más abortos clandestinos; mientras que Pardo intervino ante la Corte Constitucional porque consideraba que el Procurador y las Procuradoras Delegadas habían violado su derecho a la información veraz, su “crónica” demuestra los peligros del uso del misoprostol para provocar el aborto de un feto vivo, que es precisamente el tipo de hechos que él y las 1280 “peticionarias” de la sentencia T-627 no quieren aceptar.

Aparte de reconocer que las cárceles no están llenas de mujeres que han abortado, los activistas ven en el misoprostol una posibilidad de realizar abortos bajo cualquier circunstancia, y con total impunidad; de hecho, consideran que las dificultades para controlar el consumo de marihuana o el contrabando son comparables con las de sancionar penalmente los abortos, como si acabar con la vida del que está por nacer fuera equiparable a delitos que no conllevan la muerte. Para la muestra, el siguiente manifiesto abortista, anticatólico y utilitarista, que expone la historia y propuestas para legalizar totalmente el aborto, y es un excelente resumen de la revolución cultural en Colombia<sup>79</sup> [subraya y negrilla fuera del texto original]:

“(...) Respaldo el valiente manifiesto de una abortante revelé haber sido cómplice de una interrupción voluntaria del embarazo (IVE) y facilitador de otra.

Entrado en gastos, confieso haber comprado un televisor a color de contrabando y dólares negros para viajar con viáticos oficiales recibidos un mes después. Con estas autoinculpaciones pretendo señalar las zonas grises

---

<sup>79</sup> Resumen de la revolución cultural en Colombia, documento electrónico.

que existen entre un ciudadano y un delincuente. Hay leyes respetadas con pocos infractores y otras que se incumplen masivamente por vetustas, injustas o desfasadas del resto del mundo. La economía del crimen, un refrito del ideario de César Beccaria, hace énfasis en el ‘enforcement’, la aplicación efectiva de la ley. Es la combinación entre las penas en el papel y el esfuerzo por hacerlas cumplir lo que altera los comportamientos. *La supervisión policial es costosa, como lo es el debate legal cuando divide la opinión en facciones irreconciliables. Por eso a veces resulta más sensato no cambiar los códigos, rebajando la exigencia de acatarlos. En Francia, consumir marihuana está prohibido, pero cualquiera sabe que un cacho no acarrea problemas con la justicia. Algo similar ha ocurrido con el aborto en Colombia, la penalización es más teórica que efectiva: la Fiscalía investiga menos del 0.3% de los casos; bajo el sistema penal acusatorio del 2006, la primera sentencia, de detención domiciliaria, ocurrió a finales del 2009 y en Medellín, en Septiembre del 2012, había habido sólo dos mujeres penalizadas.*

*Para el catolicismo el aborto es un crimen y la contracepción sigue siendo pecado, pero hasta hace poco estaban en el mismo plano. En la enciclica Humanae Vitae de 1968, aborto, esterilización y contraceptivos son una misma ‘vía ilícita para la regulación de los nacimientos’. El uso de contraceptivos en el país estaría menos extendido si Profamilia se hubiese embarcado en una interminable discusión con la Iglesia sobre su legitimidad. Sin debates desgastantes, con nadadito de perro, la pildora, los dispositivos intrauterinos y los preservativos se instalaron en Colombia y cambiaron las costumbres. Los 200 DIUs con los que inició labores Profamilia en 1965 fueron un audaz desafío pragmático a doctrinas muy influyentes. El esfuerzo porque ‘lo inaceptable pueda ser aceptado’ no hubiese llegado lejos con enfrentamientos ideológicos. La prioridad fueron las mujeres, no una agenda política.*

*Difícil imaginar una lucha tan extenuante y contraproducente como la colombiana por el aborto. Se logró que el número anual de casos judicializados, por fortuna irrisorio, aumentara en más del 50% y que los opositores reviraran duro, con pretensiones constitucionales. Se asumieron esos costos por defender una jurisprudencia dizque progresista que mantiene la prohibición, menospreciando al millón de colombianas que la desafiaron. Se hizo caso omiso de la estrategia de Profamilia y de la realidad imparable del misoprostol. Se ignoró esa tecnología que permite a cualquier mujer interrumpir su embarazo en privado y acudir al sistema de salud sin que se sepa si la pérdida fue espontánea o inducida. Es imperdonable que, por bizantino, el activismo no haya contribuido a difundir las prácticas más seguras y difíciles de sancionar. Los chances de una judicialización y condena, bajísimos en la última década, serán cada vez más exigüos. El aborto personal –‘fácil, barato, seguro, ¡en casa!’ como pregona un manual editado por feministas argentinas– es factible, imperceptible para las autoridades o los opositores y por lo tanto inatajable.*

La lucha por la legalización es larga y debe centrarse en el desmonte, para cualquier aborto, de la absurda sanción de cárcel, no en debates insolubles. Como quedó claro en España, donde se cuenta con mucho más

que jurisprudencia, el camino de los casos excepcionales es culebrero. La reducción de las penas efectivamente aplicadas se debe trabajar no sólo en el Código –la parte más ardua, tal vez inalcanzable–, sino haciendo todavía menos probables las sanciones, con protestas ante cualquier aborto judicializado y, sobre todo, con la difusión amplia de las técnicas farmacológicas que corroen la eficacia de la prohibición.

La apertura comercial y la libertad cambiaria las emprendimos masivamente los infractores; las reformas legales posteriores no fueron sólo una concesión, sino una adaptación a la realidad. *La contracepción en Colombia la aclimataron, en contra de los duros opositores tradicionales, una entidad pragmática y muchos miles de parejas pecadoras. Sin activismo ni proclamas, las verdaderas adalides de la defensa de los derechos reproductivos en Colombia han sido las abortantes insumisas, que correrán cada vez menos riesgo –de salud o judicial– abriéndole camino a la interrupción del embarazo ‘sin necesidad de estar al borde de la muerte o de la locura’.*

### 6.3. ARGUMENTOS “CATÓLICOS” PARA DEFENDER EL ABORTO

Al parecer, frente al estancamiento reciente de la agenda eugenésica, y la evidente falta de nuevos argumentos, los abortistas han recurrido a medidas desesperadas. Esa desesperación se traduce en pretender que el catolicismo serviría para defender el aborto, como última alternativa frente al fracaso de todas las demás estrategias. El “valiente manifiesto” citado en el punto precedente fue escrito por otra profesora de la Universidad de los Andes<sup>80</sup>, activista del aborto, que publicó dos de sus proclamas abortistas en el ya mencionado portal “La Silla Vacía”. En el primero confiesa haber abortado y sostiene que lo han hecho por lo menos un millón de mujeres en Colombia; en el segundo ratifica que la posición actual de los eugenesisistas reconoce lo innegable: el “feto” es una vida humana distinguida de la de la madre hasta el nacimiento, pero se supone que una nueva interpretación de la teología católica debería conducir a aceptar el aborto libre<sup>81</sup>:

“En defensa del aborto – 25 de marzo de 2014.

¿Por qué tantas personas inteligentes y de buen corazón creen que las mujeres que abortan y los profesionales que las ayudan deben ir a la cárcel?

Hoy 25 de marzo, día del niño no nacido y día la anunciación para los católicos, deberíamos considerar que desear la cárcel para las mujeres que abortan es una cuestión de fe.

La lógica es algo así: los creyentes consideran que la existencia material (este mundo) se subordina a un otro mundo invisible y eterno

<sup>80</sup> Universidad de los Andes, documento electrónico.

<sup>81</sup> Argumentos en defensa del aborto, documento electrónico.

en el que hay un Dios creador, a cuya voluntad se doblegan todas las cosas. El catolicismo, a diferencia de la mayoría de los protestantismos, considera que la voluntad de este Dios creador es un libro abierto, leído por las jerarquías de la Iglesia y transmitido al resto de la humanidad. A finales del siglo XIX, y con mayor certeza durante el siglo XX, las jerarquías católicas se convencieron que el libro abierto de la voluntad divina decía que el aborto, sin importar el estado de desarrollo del embarazo, iba contra la voluntad de Dios. Hoy la Iglesia, incluyendo al simpático Papa Francisco, considera que desde el momento de la fertilización, al existir la singularidad genética, está presente la esencia de la cosa que es la vida humana, y la voluntad de Dios es que las mujeres respeten esta vida y acepten llevarla a término.

Esta es una creencia respetable.

En este mundo tan a menudo cruel y sin sentido, la esperanza o certeza incluso del otro mundo, y de la ley eterna de la voluntad divina, es a veces el único asomo de belleza o de justicia al que aspiramos. ¿Por qué no someterse a la certeza de la voluntad de un Dios que es al mismo tiempo Amor? Tiene sentido que una mujer creyente, al saber de su embarazo, se someta a la voluntad divina y lo lleve a término.

Lo que no me parece respetable, y hace moralmente cuestionable esta empresa, es la criminalización de quienes no compartimos esa fe.

Los católicos saben que otras personas nos enfrentamos al vacío de este mundo de formas diferentes. Algunas miramos el terror a los ojos aceptando el sinsentido de este mundo. Otras deciden darle sus propias formas y significados, con poca intermediación de las jerarquías religiosas, alimentado las muchas formas de paganismo que pasan por catolicismo en estas tierras ásperas.

¿Con qué convencimiento íntimo los seguidores del Dios, que es Amor, quieren condenar a la cárcel a quienes no creemos en Él? ¿A los que no creemos en la esencia invisible de la vida, presente incluso en la ausencia de un cerebro humano?

La cárcel no es sólo un reproche moral para los que no somos creyentes. Es el infierno en este mundo, círculo tras círculo dantesco de degradación y sufrimiento, cuando no hambre, violencia y enfermedad. En conciencia, el catolicismo, la religión del Amor y la dulzura, debería ser abolicionista. En cambio muchos católicos, jefes y fieles por igual, piden la cárcel y el castigo, temporal y eterno.

Lo curioso es que en las escrituras del cristianismo Dios es más compasivo. Al anunciarle a María que estará embarazada de un hijo que no es el de su prometido (Lucas 1:31,) Dios le da la posibilidad de negarse. Ella acepta y los católicos la veneran por ello. Pero su Dios le dio la posibilidad de negarse, o por lo menos así lo interpreta Santo Tomás de Aquino (Summa III:30.) Ese hecho, que también se celebra hoy, es el de una decisión, no una orden.

Me pregunto si la fe no podría llevar a que pensar que, antes que haya cerebro (donde supongo que residiría el alma) no hay una persona,

y en consecuencia las primeras semanas del embarazo serían la forma de Dios de preguntar si aceptamos llevar la carga. El embarazo en su inicio parece tener más sentido como una pregunta, de Dios o de la vida, una pregunta y no una orden terminante...”.

Esta alucinante elucubración teológica fue publicada por el portal “La Silla Vacía”, patrocinado por Open Society Foundations<sup>82</sup>.

#### a) Observaciones frente a la primera cita

Con respecto a ella, y para mayor ilustración de los lectores, se transcribe lo que realmente dice el Evangelio según San Lucas, Capítulo 1, versículos 26 al 31<sup>83</sup>:

“Al sexto mes, el ángel Gabriel fue enviado por Dios a una ciudad de Galilea llamada Nazaret, a una virgen prometida en matrimonio a un varón de nombre José de la casa de David; y el nombre de la virgen era María. Y entrando donde ella estaba, le dijo: ‘Salve llena de gracia; el Señor es contigo.’ Al oír estas palabras, se turbó, y se preguntaba qué podría significar este saludo. Mas el ángel le dijo: ‘No temas, María, porque has hallado gracia cerca de Dios. He aquí que vas a concebir en tu seno y darás a luz un hijo y le pondrás por nombre Jesús. El será grande y será llamado hijo del Altísimo; y el Señor Dios le dará el trono de David su padre, y reinará sobre la casa de Jacob por los siglos, y su reinado no tendrá fin’. Entonces María le dijo al ángel: ‘¿Cómo será eso, pues no conozco varón? El ángel le respondió y dijo: ‘El Espíritu Santo vendrá sobre tí, y la virtud del Altísimo te cubrirá; por eso el Santo que nacerá será llamado Hijo de Dios’”.

La lectura de éste pasaje permite constatar que lo afirmado por la activista del aborto con respecto a él no es cierto. Tal vez por eso no lo transcribió.

#### b) Observaciones frente a la segunda cita

Adicionalmente, se transcribe lo que al respecto explica Santo Tomás de Aquino en la Suma Teológica, Tercera Parte, Cuestión 30<sup>84</sup>:

“(…) Fue conveniente que a la Santísima Virgen se le anunciase que habría de concebir a Cristo. Primero, para que se guardase el orden oportuno

<sup>82</sup> “La silla vacía”, documento electrónico.

<sup>83</sup> Juan STRAUBINGER, Biblia Comentada, p. 77.

<sup>84</sup> Santo Tomás DE AQUINO: “Summa de Teología”. Documento electrónico.



en la unión del Hijo de Dios con la Virgen, esto es: para que su mente fuera instruida acerca de Él antes de que lo concibiese corporalmente. De donde dice Agustín en el libro “De virginitate” (...): María es más dichosa recibiendo la fe de Cristo que concibiendo la carne de Cristo. Y además añade: Nada aprovecharía a María la unión materna si no llevase con mayor felicidad a Cristo en el corazón que en el cuerpo (...).

Segundo, para que pudiera ser testigo más seguro de este misterio, supuesto que había sido instruida por inspiración divina acerca de él.

Tercero, para que ofreciese voluntariamente a Dios el don de su obediencia, para lo que se ofreció dispuesta cuando dijo: He aquí la esclava del Señor (Lc 1, 38).

Cuarto, para dar a conocer la existencia de un cierto matrimonio espiritual entre el Hijo de Dios y la naturaleza humana. Y, por eso, mediante la anunciación se esperaba con ansia el consentimiento de la Virgen en nombre de toda la naturaleza humana (...).

Respuesta a las objeciones: 1. A la primera hay que decir: La profecía de predestinación se cumple sin que actúe nuestro libre albedrío como causa, pero no sin su consentimiento.

2. A la segunda hay que decir: La Santísima Virgen tenía fe expresa en la futura encarnación; pero, siendo humilde, no pensaba en misterios tan sublimes respecto de sí misma. Y por eso tenía que ser instruida acerca de ello.

3. A la tercera hay que decir: La concepción espiritual de Cristo, que se realiza por la fe, va precedida del anuncio que se concreta en la predicación de la misma fe, conforme a lo que se dice en Rom 10,17: La fe viene de la audición. Sin embargo, nadie tiene por esto la certeza de poseer la gracia; pero tiene certeza de que la fe que recibe es verdadera”.

Resulta evidente que la autora, en su afán por lograr la aceptación social del aborto, no tuvo la delicadeza de citar adecuadamente, ni menos de interpretar correctamente lo escrito por Santo Tomás de Aquino. Lo que se observa es el mismo tipo de alegatos que el escritor Juan Manuel de Prada ha definido recientemente:

“(...) Por supuesto, la sofística contemporánea emplea coartadas emotivas y pretendidamente altruistas para facilitar este eclipse de la conciencia moral, de tal modo que las aberraciones más inhumanas e impías aparezcan como muestras de piadoso humanismo (...)”.

### *Bibliografía*

- BEGOS, Kevin. “Selling a Solution: Group Founded by Hanes, Others Sent .” [27]  
SANGER, Margaret. “The Pivot of Civilization”, Chapter V, The Cruelty of

- Charity <http://www.gutenberg.org/files/1689/1689-h/1689-h.htm> (Visitado el 8 de noviembre de 2011).
- CALDERONE STEICHEN, Mary. "Illegal Abortion as a Public Health Problem" ("El Aborto Ilegal como un Problema de Salud Pública"). Artículo completo disponible en "U.S. National Library of Medicine National Institutes of Health": [www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1373382/](http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1373382/). Traducción libre.
- DE AQUINO, Santo Tomás. "Summa de Teología". Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid, 1994. Tertia Pars. Cuestión 30. Páginas 276-277. Texto completo disponible para descarga en: <http://biblioteca.campusdominicano.org/suma.htm>
- JANVIER, Anne. FARLOW, Barbara. WILFOND, Benjamin S. "The Experience of Families With Children With Trisomy 13 and 18 in Social Networks" ("La Experiencia de Familias con Niños con Trisomía 13 y 18 en Redes Sociales"). En "PEDIATRICS", revista oficial de la Academia Estadounidense de Pediatría, julio de 2012. Artículo completo disponible en: <http://pediatrics.aappublications.org/content/early/2012/07/18/peds.2012-0151.abstract>. Consultado el 21 de marzo de 2014.
- KAHLENBORN, Chris. STANFORD, Joseph B. LARIMORE, Walter L. "Postfertilization Effect of Hormonal Emergency Contraception". *The Annals of Pharmacotherapy*, Marzo de 2002, Vol. 36, No. 3. Páginas 465-470. Disponible en: <http://aop.sagepub.com/content/36/3/465.short>. Traducción al castellano disponible en: [http://www.trdd.org/MAP\\_ES.PDF](http://www.trdd.org/MAP_ES.PDF).
- LOMBARDO, Paul. "The American Breed" Nazi Eugenics and the Origins of the Pioneer Fund. (...).
- MANSFIEL, C., HOPFER, S., MARTEAU, T. M. "Termination rates after prenatal diagnosis of Down syndrome, spina bifida, anencephaly, and Turner and Klinefelter syndromes: a systematic literature review". *European Concerted Action: DADA (Decision-making After the Diagnosis of a fetal Abnormality)*. *Prenatal Diagnostics*, 1999; 19:808-12.
- MARSHALL, Robert, DONOVAN, Charles. "Blessed Are the Barren: The Social Policy of Planned Parenthood". San Francisco. Ignatius Press. 1991.
- MILLER, James. "Betting With Lives: Clarence Gamble and the Pathfinder International". *Population Research Institute*. [www.pop.org/content/betting-with-lives-clarence-gamble-1752](http://www.pop.org/content/betting-with-lives-clarence-gamble-1752). Visitado el 8 de noviembre de 2011.
- PAUL, Julius. "The Return of Punitive Sterilization Proposals: Current Attacks on Illegitimacy and the AFDC Program" *Law & Soc'y Rev.* 77, 78 (1968-1969). FERSTER, Op. Cit. *Ohio State Law Journal* 591 (1966).
- ROCKEFELLER, John D., III, "On the Origins of the Population Council", *Population & Dev. Rev.* Página 493 (1977).
- SCHOEN, Johanna. "Choice & Coercion: Birth Control Sterilization, and Abortion in Public Health and Welfare". Chapel Hill & London: The University of North Carolina Press, 2005.
- STRAUBINGER, Juan. *Biblia Comentada*. Reimpreso en Colombia, Bogotá, 2013. Nuevo Testamento, p. 77.

- SUMMA, Mary. J. D: “Abortion’s dark Beginnings in Eugenics”. North Carolina Family Council, “Family North Carolina Magazine”, Invierno de 2012. Artículo completo disponible en [www.ncfamily.org/FNC/1201-Eugenics.pdf](http://www.ncfamily.org/FNC/1201-Eugenics.pdf). Traducción libre.
- TORGESEN, Lara. Citada por FERSTER, Op. Cit. ; “The Powerful People Behind the Eugenics Movement”. 24 March 2010. Independent Weekly. <http://www.indyweek.com/indyweek/the-powerful-peoplebehind-the-eugenics-movement/Content?oid=1330610> (Visitado el 8 de noviembre de 2011).
- ZEIGLER, Mary. “Reinventing Eugenics: Reproductive Choice and Law Reform After World War II”. Cardozo J. L. & Gender, página 319 (2008).
- ZENOFF FERSTER, Elyce: “Eliminating the Unfit – Is Sterilization the Answer?” 27 Ohio State Law Journal.

### *JURISPRUDENCIA*

- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-627 de 2012: [www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-627-12.htm](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-627-12.htm).

### *OTROS*

- “Sterilization in New Direction”: <http://extras.journalnow.com/againsttheirwill/parts/three/story1.html> (Visitado el 8 de noviembre de 2011.).
- “The Long Road of Eugenics: From Rockefeller to Roe v. Wade”: [www.humanlifereview.com/index.php?option=com\\_content&view=article&id=57:the-long-road-of-eugenics-fromrockefeller-to-roe-v-wade-&catid=36:2004-fall&Itemid=6](http://www.humanlifereview.com/index.php?option=com_content&view=article&id=57:the-long-road-of-eugenics-fromrockefeller-to-roe-v-wade-&catid=36:2004-fall&Itemid=6) (Visitado el 8 de noviembre de 2011).
- “Morbidity and Mortality Weekly Report (MMWR): Abortion Surveillance, 2007”: [www.cdc.gov/mmwr/preview/mmwrhtml/ss6001a1.htm?s\\_cid=ss6001a1\\_w](http://www.cdc.gov/mmwr/preview/mmwrhtml/ss6001a1.htm?s_cid=ss6001a1_w)
- Women’s Link Worldwide, documento sobre la organización que logró la despenalización del aborto: [www.womenslinkworldwide.org/wlw/new.php?modo=nosotras&tp=2&pagina=1](http://www.womenslinkworldwide.org/wlw/new.php?modo=nosotras&tp=2&pagina=1). Consultada el 24 de enero de 2014.
- ROA, Mónica, Conferencia en Washington College of Law: [www.law.washington.edu/multimedia/2011/GPSLMonicaRoa/Transcript.aspx](http://www.law.washington.edu/multimedia/2011/GPSLMonicaRoa/Transcript.aspx). Consultada el 21 de septiembre de 2012.
- “Guía sobre los diferentes aspectos del derecho de la mujer a interrumpir voluntariamente su embarazo”: [www.profamilia.org.co/aborto/img/PlegableIVE.pdf](http://www.profamilia.org.co/aborto/img/PlegableIVE.pdf). Consultada el 22 de enero de 2014.
- Guía sobre los diferentes aspectos del derecho de la mujer de interrumpir voluntariamente su embarazo: [www.supersalud.gov.co/supersalud/LinkClick](http://www.supersalud.gov.co/supersalud/LinkClick).

- aspx?fileticket=1GUWm5gayic%3d&tabid=38&mid=1181. Consultada el 12 de marzo de 2014.
- Fundación Oriéntame, Perfil: [www.orientame.org.co/embarazo-no-deseado](http://www.orientame.org.co/embarazo-no-deseado). Consultada el 17 de marzo de 2014.
- Jackson Fetal Therapy Institute: [www.jacksonhealth.org/fetal-therapy-stories.asp](http://www.jacksonhealth.org/fetal-therapy-stories.asp). Consultada el 21 de marzo de 2014. Traducción libre.
- Jackson Fetal Therapy Institute, documento sobre tratamientos a malformaciones: [www.jacksonhealth.org/library/fetal-therapy/fetal-therapy-brochure-spanish.pdf](http://www.jacksonhealth.org/library/fetal-therapy/fetal-therapy-brochure-spanish.pdf)<http://www.jacksonhealth.org/library/fetal-therapy/fetal-therapy-brochure-spanish.pdf>.
- ARANGO Olaya, Mónica, documento sobre su perfil profesional: <http://reproductiverights.org/en/profile/m%C3%B3nica-arango-olaya>. Consultada el 27 de marzo de 2014.
- MONTOYA, Valentina, documento sobre su perfil profesional: <http://reproductiverights.org/en/profile/valentina-montoya>. Consultada el 27 de marzo de 2014. Traducción libre.
- Universidad de los Andes, documento profesora activista del aborto: [http://derecho.uniandes.edu.co/index.php?option=com\\_content&view=article&id=1310&Itemid=311&lang=es&limitstart=2](http://derecho.uniandes.edu.co/index.php?option=com_content&view=article&id=1310&Itemid=311&lang=es&limitstart=2)
- FDA, Cytotec 2002: [www.accessdata.fda.gov/drugsatfda\\_docs/label/2012/019268s047lbl.pdf](http://www.accessdata.fda.gov/drugsatfda_docs/label/2012/019268s047lbl.pdf). Consultada el 13 de febrero de 2014.
- Fundación Ford, perfil: [www.fordfoundation.org/grants/search](http://www.fordfoundation.org/grants/search).
- Proyecto “Verdad Abierta”, documento sobre proyecto dirigido por LLORENTE, María: [www.verdadabierta.com/](http://www.verdadabierta.com/). El enlace a Open Society Foundations aparece al final de la página de portada.
- Centro de investigación sobre seguridad y drogas de Universidad de los Andes: [www.uniandes.edu.co/noticias/informacion-general/primer-centro-de-investigacion-sobre-seguridad-y-drogas-en-colombia](http://www.uniandes.edu.co/noticias/informacion-general/primer-centro-de-investigacion-sobre-seguridad-y-drogas-en-colombia). Consultada el 8 de abril de 2014.
- Universidad de los Andes, documento sobre profesora activista del aborto: [http://derecho.uniandes.edu.co/index.php?option=com\\_content&view=category&layout=blog&id=65&Itemid=319&lang=es](http://derecho.uniandes.edu.co/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=65&Itemid=319&lang=es)
- Open Society Foundations, documento sobre el apoyo a la legalización de las drogas estupefacientes: [http://economia.uniandes.edu.co/investigaciones\\_y\\_publicaciones/CESED](http://economia.uniandes.edu.co/investigaciones_y_publicaciones/CESED). Consultada el 8 de abril de 2014.
- BENAVIDES, Farid, documento sobre el director de derecho penal, procesal penal y criminología : [http://derecho.uniandes.edu.co/index.php?option=com\\_content&view=category&layout=blog&id=56&Itemid=318&lang=es](http://derecho.uniandes.edu.co/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=56&Itemid=318&lang=es). Consultada el 14 de agosto de 2013.
- PARDO, Santiago, Crónica: [www.eltiempo.com/blogs/divorciado\\_del\\_machismo/2013/01/cronica-de-un-aborto-clandestino-1.php](http://www.eltiempo.com/blogs/divorciado_del_machismo/2013/01/cronica-de-un-aborto-clandestino-1.php). Consultada el 18 de enero de 2013.

El Espectador, Crónica de revolución cultural en Colombia: [www.elespectador.com/opinion/televisor-color-dolares-negros-y-contraceptivos-columna-492371](http://www.elespectador.com/opinion/televisor-color-dolares-negros-y-contraceptivos-columna-492371). Consultada el 15 de mayo de 2014.

Argumentos en defensa del aborto, documento disponible en: <http://lasillavacia.com/elblogueo/blog/en-defensa-del-aborto-25-de-marzo-de-2014>. Consultada el 4 de abril de 2014.

“La silla vacía”, documento en: <http://lasillavacia.com/nosotros>.

Cold Harbor Laboratories, DNA Learning Center, “Legislative status of eugenical sterilization in the United States, 1935”. [www.dnalc.org/view/15768-Legislative-status-of-eugenical-sterilization-in-the-United-States-1935-.html](http://www.dnalc.org/view/15768-Legislative-status-of-eugenical-sterilization-in-the-United-States-1935-.html). Visitado el 12 de octubre de 2011.

Estudios  
sobre institucionalidad  
política y económica

---

# EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE PROBIDAD PARLAMENTARIA

## THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OF PARLIAMENTARY INTEGRITY

*Miguel Ángel Fernández González\**

### *Resumen*

En este artículo se analizan los aspectos dogmáticos y normativos del principio constitucional de probidad parlamentaria, resaltando su importancia para el buen funcionamiento de una democracia.

Palabras claves: probidad parlamentaria, principio constitucional, democracia.

### *Abstract*

This article discusses the dogmatic and normative aspects of the constitutional principle of probity parliamentary, emphasizing its importance for the proper functioning of democracy.

Key words: probity parliamentary, constitutional principle, democracy.

### *I. Introducción*

Es indudable que el principio de probidad constitucional ha tenido, incluso con anterioridad a la reforma constitucional de 2005 que lo incorporó al artículo 8° inciso 1° de la Carta Fundamental, un mayor desarrollo en nexos con la Administración del Estado, por lo que me parece útil examinarlo, en esta oportunidad, en su aplicación a los parlamentarios, especialmente a

---

\* Doctor en Derecho de la Universidad de los Andes. Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Católica de Chile y en la Universidad de los Andes. Secretario de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional. Artículo enviado el 3 de noviembre de 2014 y aceptado para publicación el 27 de enero del 2015. Correo electrónico: [afernandez@cfmv.cl](mailto:afernandez@cfmv.cl)

partir de lo dispuesto en los artículos 5° A y 5° B de la Ley Orgánica del Congreso Nacional<sup>1</sup>.

Previamente, por cierto, sistematizaré el sentido y alcance de la norma constitucional.

## II. Base constitucional

El artículo 8° inciso 1° de la Carta Fundamental preceptúa que:

“El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones”.

### I. CONCEPTO AMPLIO DE FUNCIONES PÚBLICAS

Examinando la norma constitucional se advierte, en primer lugar, que ella alcanza a todos los órganos estatales, pues la locución *funciones públicas* debe ser comprendida con sentido amplio o extensivo como sinónimo de actividad estatal y no circunscrito o reducido sólo a la que desempeñan los funcionarios de la Administración del Estado, como lo ha explicado la doctrina al señalar que:

“La expresión “funciones públicas”, en el inciso 1° del artículo 8°, se ha empleado en su sentido natural, que es el proporcionado por el Diccionario de la Lengua, como “potestad, jurisdicción y autoridad para hacer una cosa como contrapuesta a lo privado” y *no en el sentido técnico restringido* que le da el Derecho Administrativo”<sup>2</sup>.

Así, por lo demás, también ha sido comprendido por la Corte Suprema, incluso en sede penal, al exponer:

“Que la expresión “función pública” significa “*función del Estado*”, enfoque desde el cual cabe hablar de *una función pública legislativa*, administrativa y judicial, siendo bastante, para ser titular de ella, con disponer de investidura suficiente, emanada de autoridad competente (...)”<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Ley N° 18.918, publicada en el Diario Oficial, el 5 de febrero de 1990.

<sup>2</sup> Domingo HERNÁNDEZ EMPARANZA: “Notas sobre Algunos Aspectos de la Reforma a las Bases de la Institucionalidad, en la Reforma Constitucional de 2005: Regionalización, Probidad y Publicidad de Actos”, p. 28.

<sup>3</sup> Corte Suprema (2008); rol N°2.321-2007, Considerando 47°.



Y lo mismo se ha sostenido en sede estrictamente constitucional, aplicando el principio, incluso, a particulares que realizan labores por el Estado<sup>4</sup>, en el sentido:

“Que la probidad está consagrada como principio en la Constitución (artículo 8°). *Todas las funciones públicas*, independientemente de que las realice un funcionario público o un particular encomendado por el Estado para ese propósito, están vinculadas a un cumplimiento estricto del principio de probidad en todas sus actuaciones (artículo 8°, inciso primero) (...)”<sup>5</sup>.

En consecuencia, no hay duda que el principio constitucional de probidad se aplica a los parlamentarios, como, por lo demás, lo reitera el artículo 5° A de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional y diversos tratados internacionales suscritos por Chile en la materia<sup>6</sup>.

## 2. CONTENIDO DEL PRINCIPIO DE PROBIDAD

Continuando con la revisión del precepto constitucional, es menester definir el significado de la locución *probidad*, que constituye la esencia de esta Base de la Institucionalidad.

Al respecto y en relación precisa con los parlamentarios, cabe consignar que, conforme al artículo 5° A inciso 2° de su Ley Orgánica Constitucional, dicho principio:

“(...) consiste en observar una conducta parlamentaria *intachable* y un *desempeño honesto y leal* de la función, con *preeminencia del interés general* sobre el particular”.

Se constata, así, que el legislador repitió, casi textualmente, la misma definición contenida en el artículo 52 inciso 2° de la Ley N° 18.575<sup>7</sup>, por lo que no está de más acudir a la doctrina y jurisprudencia administrativa

<sup>4</sup> Por ejemplo, véase Tribunal Constitucional (2008); rol 1.170, considerando 44°.

<sup>5</sup> Tribunal Constitucional (2010); rol 1.413, Considerando 14°.

<sup>6</sup> Véase el artículo 2° letra a) de la *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, promulgada por Decreto Supremo N° 375, de 2006 (Ministerio de Relaciones Exteriores), publicado en el Diario Oficial el 30 de enero de 2007; y el artículo 1° de la *Convención Interamericana contra la Corrupción*, promulgada por Decreto Supremo N° 1.879 (Ministerio de Relaciones Exteriores), de 1998, publicado en el Diario Oficial el 2 de febrero de 1999.

<sup>7</sup> Sobre Bases Generales de la Administración del Estado, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se encuentra contenido en el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2000, publicado en el Diario Oficial el 17 de noviembre de 2001.

para desentrañar su significado, pues así se comprendió también durante la incorporación al texto constitucional del principio de probidad, como consta de la intervención del senador MARCOS ABURTO:

“(…) el inciso primero del artículo 8° aprobado en general satisface las inquietudes planteadas y, además, *es coherente con las definiciones proporcionadas por el legislador* en materia de probidad en las ya citadas modificaciones legales. Puso de manifiesto que la probidad se aplica no sólo respecto a negocios que envuelven intereses pecuniarios, sino también en el ámbito penal. Explicó que la Carta Fundamental consagra distintas instituciones que dicen relación con la falta al deber de probidad. Por tales razones, dijo, cualquier otra modificación sólo provocará dificultades”<sup>8</sup>.

En esta línea de pensamiento y para contribuir a una mayor claridad, se ha explicado que:

“(…) el concepto en estudio *es amplio* y abarca situaciones y conductas no prohibidas expresamente por la ley, pero que resultan reñidas con este principio –las que han dado lugar a una nutrida jurisprudencia administrativa–, de lo que se sigue que resulta prácticamente imposible describir en la ley todas las posibles conductas que atentan en contra de la probidad (...)”<sup>9</sup>.

Hállase aquí una cuestión relevante en nexo con el asunto que estoy analizando, consistente en que la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional –en su artículo 5° B– contempla una prohibición clara y precisa (que los parlamentarios promuevan y voten asuntos que les interesen directa o personalmente a ellos o a sus parientes señalados en la misma norma), pero sobre la base de una causal que puede adquirir múltiples manifestaciones en la práctica.

En efecto, expondré que no es difícil ni admite, a mi juicio, mayor controversia, comprender en abstracto el sentido y alcance de esa fórmula empleada por el legislador, sin perjuicio que, en el caso concreto, puede adoptar múltiples y variadas expresiones de conductas prohibidas<sup>10</sup>, así

---

<sup>8</sup> Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, recaído en los proyectos de reforma constitucional, en primer trámite, originados en mociones de los Honorables Senadores señores Chadwick, Larraín y Romero y del ex Senador señor Díez, y de los Honorables Senadores señores Silva y Viera-Gallo y de los ex Senadores señores Bitar y Hamilton, con los que se introducen diversas enmiendas a la Carta Fundamental, Boletín N° 2.526, 18 de marzo de 2003, p. 69.

<sup>9</sup> Nancy BARRA GALLARDO: *Probidad Administrativa*, p. 34.

<sup>10</sup> Como se enunciará, en el artículo 321 del *Reglamento de la Cámara de Diputados* y en los artículos 7° y 8° del *Código de Conductas Parlamentarias* se han tipificado diversas

como también es previsible que se susciten otras aparentemente lesivas del principio, pero que, evaluadas en la situación específica, no constituyan afectaciones verdaderas que provoquen la consecuencia contemplada en el artículo 5° B.

Llego así al contenido preciso de la definición de probidad contemplada en la ley, al tenor de la cual se respeta ese principio sólo cuando el parlamentario observa una conducta *intachable* y un *desempeño honesto y leal*, con *preeminencia del interés general* sobre el particular, esto es, de acuerdo al sentido natural y obvio de las palabras<sup>11</sup>, pues ellas no se encuentran definidas por el legislador:

- *Intachable* quiere decir “que no admite o merece tacha”<sup>12</sup>, o sea, “falta, nota o defecto que se halla en una cosa y la hace imperfecta”<sup>13</sup>;
- *Honesto* significa, considerando todas sus acepciones, “decente o decoroso. Recatado, pudoroso. Razonable, justo. Probo, recto, honrado”<sup>14</sup>.
- *Leal*, a su turno, es, en la definición que aquí cabe aplicar, “fidedigno, verídico y fiel, en el trato o en el desempeño de un oficio o cargo”<sup>15</sup>; y
- La *preeminencia del interés general por sobre el particular* se vincula con la preferencia<sup>16</sup> de que goza aquél ante éste, es decir, el que tiene la colectividad en su conjunto por sobre el de naturaleza únicamente personal.

Se trata, en suma, para respetar el principio de probidad, que la labor parlamentaria se desempeñe de tal manera que no pueda ser objeto de reproche, dado que se obra con decencia y decoro, recato y rectitud, sobre la base de la verdad, concebida de buena fe y dando primacía al interés de la sociedad por sobre el de quien ejerce aquella función<sup>17</sup>.

---

infracciones al deber de probidad, casuísticamente establecidas, cuya ejecución acarrea las sanciones previstas en el artículo 322 de aquel *Reglamento*.

<sup>11</sup> Artículo 20 del Código Civil.

<sup>12</sup> *Diccionario de la Real Academia Española*, p. 1.287.

<sup>13</sup> *Id.*, p. 2.121.

<sup>14</sup> *Id.*, p. 1.226.

<sup>15</sup> *Id.*, p. 1.356.

<sup>16</sup> *Id.*, p. 1.820.

<sup>17</sup> En sentido amplio, sobre el deslinde entre la evaluación ética y la actuación política, léase la resolución de la Comisión de Ética y Transparencia de la Cámara de Diputados pronunciada el 8 de noviembre de 2012. Más en concreto, en relación con la competencia de la *Comisión*, es interesante examinar los considerandos 12° y 15° de la resolución pronunciada el 7 de marzo de 2013; respecto de las causales de cesación en la función parlamentaria, véanse los considerandos 22° y 27° de la resolución pronunciada el 2 de

La actuación así descrita tiene por finalidad evitar el *tráfico de influencias*, vale decir, la “utilización abusiva o ilegal de la posición social o política con el fin de conseguir beneficios o ventajas”<sup>18</sup>, y dilucidar, recta y correctamente, los *conflictos de interés* que los entiendo como una pugna o colisión entre el rédito que una decisión reporta, excluyentemente, para el Estado, por una parte, y para quien la adopta o para un tercero vinculado, directa o indirectamente, con él, de tal manera que no se vea afectada la imparcialidad del diputado o senador, al punto de decidir, en un conflicto de esa naturaleza, con el objetivo de lograr una ventaja personal.

### 3. CUMPLIMIENTO ESTRICTO Y EN TODAS LAS ACTUACIONES

Para completar la revisión del artículo 8° inciso 1° de la Constitución concluyo anotando que las autoridades públicas deben dar *estricto* cumplimiento al principio de probidad *en todas* sus actuaciones, de lo cual no puede sino colegirse que el respeto de ese principio no admite matices ni excepciones, lo cual, pareciendo obvio, ha sido resaltado por la Carta Fundamental, pues, como ha decidido el Tribunal Constitucional en una sentencia ya citada:

“Nótese que la Constitución emplea la expresión “estricto”, es decir, ajustado *enteramente*; y *no deja espacios francos o libres*, pues habla de que en “todas sus actuaciones” debe regir este principio. Incluso, se establece en la propia norma constitucional que el conflicto de interés en el ejercicio de la función pública puede justificar intervenciones sobre el patrimonio de los funcionarios (artículo 8°, inciso cuarto)”<sup>19</sup>.

En definitiva, el principio constitucional de probidad es de obligado acatamiento –siempre y sin excepciones– para todas las autoridades estatales, incluyendo a los parlamentarios, y consiste en que su función sea realizada con decencia, decoro y recato, sobre la base de la verdad, entendida de buena fe, y dando primacía al interés de la colectividad por sobre el de quien ejerce aquella función, es decir, sin admitir nunca el tráfico de influencias y evitando el conflicto de interés o, en todo caso, resolviéndolo siempre con imparcialidad y rectitud.

---

abril de 2013; en lo relativo a las asignaciones parlamentarias, la resolución pronunciada el 6 de septiembre de 2012, y, en fin, respecto de actuaciones privadas, tanto la resolución pronunciada el 31 de mayo de 2011 como la que dictó el 2 de abril de 2013.

<sup>18</sup> Diccionario citado en *supra* nota 12, p. 2206.

<sup>19</sup> Considerando 14° de la sentencia citada en *supra* nota 10, Rol N° 1.413.

## II. Significado del artículo 5° B y consecuencias

Llevado el principio constitucional, someramente descrito, al ámbito parlamentario, es menester concentrarse en el artículo 5° B de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, en virtud del cual:

“Los miembros de cada una de las Cámaras no podrán promover ni votar ningún asunto que interese directa o personalmente a ellos o a sus cónyuges, ascendientes, descendientes o colaterales hasta el tercer grado de consanguinidad y el segundo de afinidad, inclusive, o a las personas ligadas a ellos por adopción. Con todo, podrán participar en el debate advirtiendo previamente el interés que ellas, o las personas mencionadas, tengan en el asunto.

No regirá este impedimento en asuntos de índole general que interesen al gremio, profesión, industria o comercio a que pertenezcan, en elecciones o en aquellas materias que importen el ejercicio de alguna de las atribuciones exclusivas de la respectiva Cámara”.

### 1. HISTORIA DE LEY

Los antecedentes más relevantes del artículo 5° B se encuentran en el proyecto de ley sobre Probidad de los Órganos de la Administración del Estado, Boletín N° 1.510, pues con motivo de dicha iniciativa se incorporó ese precepto legal en la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional:

“Sobre el particular, la posición de la Comisión fue de que los principios de probidad y transparencia también encauzan el ejercicio de las funciones parlamentarias, pero su aplicación a esta modalidad de prestación de servicios al Estado adquiere *connotaciones que los diferencian* del marco desarrollado para la Administración del Estado en este proyecto de ley, lo que es explicable desde el momento que el estatuto que rige dichas funciones es distinto del que se aplica a los funcionarios públicos.

El estatuto parlamentario *no está concebido* como “un régimen jerarquizado y disciplinado”, como concibe el artículo 7° de la ley N° 18.575 a los estatutos de los funcionarios de la Administración del Estado; tiene un elemento de *representatividad popular* del cual carece este último, y el ingreso, los deberes y derechos, la responsabilidad y la cesación de funciones, en lo medular, *no quedan entregados a la ley* –sea orgánica constitucional o común–, sino que están regulados en la propia Carta Fundamental.

En ese sentido, la Comisión estimó oportuno consagrar *una norma general*, en cuya virtud se señala que los diputados y senadores ejercerán sus funciones con pleno respeto de los principios de probidad y

trasparencia, en los términos que señalen *la Constitución Política, la ley orgánica constitucional del Congreso Nacional y los reglamentos de ambas Cámaras*<sup>20</sup>.

De lo expresado surgen algunas definiciones legislativas iniciales que, de inmediato, deben ser consideradas por el intérprete y aplicador de aquella disposición legal, puesto que, tal como ya lo he explicado, siendo procedente acudir al significado que se le ha dado al principio de probidad en sede administrativa, atendida la simetría en las definiciones que de él hacen tanto la Ley N° 18.575 como la del Congreso Nacional, cabe considerar, eso sí, que tratándose de su aplicación a los parlamentarios, deben reconocerse particularidades que exigen una comprensión diversa:

En primer lugar, cabe considerar que la estructura de los artículos 52 y 62 de la Ley N° 18.575 es diversa de la previsto en los artículos 5° A y 5° B de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, en relación con el artículo 321 del *Reglamento* de la Cámara de Diputados y con los artículos 7° y 8° del *Código de Conductas Parlamentarias* que lo integra;

Segundo, que, en el caso de los parlamentarios, no se trata de funcionarios que se organicen jerárquicamente y, además, están dotados de representatividad popular; y

Tercero, que los aspectos medulares del estatuto parlamentario tienen jerarquía constitucional y no legal, a diferencia de lo que sucede con los funcionarios de la Administración del Estado, al mismo tiempo que, respecto de los senadores y diputados, las normas internas de las respectivas Corporaciones poseen un importante papel normativo en ésta como en todas las materias relativas al Congreso Nacional<sup>21</sup>, puesto que:

“(…) el desarrollo de los principios de probidad y transparencia queda encomendado, *en su detalle, a los reglamentos de ambas Cámaras*, los cuales podrán optar por consagrarlos en un cuerpo reglamentario separado, tal como un “Código de Ética Parlamentaria”, o por incorporar las normas pertinentes en sus actuales reglamentos, que ya contemplan algunas de ellas (...)”<sup>22</sup>.

Para disipar cualquier duda, la trascendencia de la normativa interna ha sido claramente justificada en los siguientes términos:

---

<sup>20</sup> Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, sobre probidad de los órganos de la Administración del Estado, 2 de junio de 1998, p. 86.

<sup>21</sup> Por ejemplo, véanse Tribunal Constitucional (2014); rol 2.646, considerandos 15° a 26° y Tribunal Constitucional (2011); rol 2.087, considerando 4°.

<sup>22</sup> Segundo Informe citado en *supra* nota 20, pp. 87-89.

“El rol de los reglamentos parlamentarios es relevante porque, mediante ellos, las asambleas legislativas perfeccionan su organización interior, en resguardo del prestigio y eficacia de la autoridad de que están revestidas, y proveen al mejor cumplimiento de las diversas responsabilidades a que han sido llamadas. Con tales finalidades los reglamentos no sólo detallan y complementan las reglas principales determinadas por el constituyente o el legislador, y en cuya ejecución deben intervenir, sino que contribuyen a interpretar o dar sentido a muchas de ellas”<sup>23</sup>.

Por cuanto ha sido escrito, surge la necesidad de tener siempre en consideración las normas reglamentarias que rigen en la materia.

## 2. REGLAMENTO DEL SENADO

Este primer cuerpo normativo dispone, en su artículo 8° –que fue el que tuvo en cuenta el legislador para introducir el artículo 5° B– que:

“No podrán los Senadores *promover ni votar* ningún asunto que *interese directa o personalmente* a ellos, sus ascendientes, sus descendientes, su cónyuge, sus colaterales hasta el tercer grado de consanguinidad y el segundo de afinidad, ambos inclusive, o a las personas ligadas a ellos por adopción. Con todo, *podrán participar en el debate* advirtiendo previamente el interés que ellos, o las personas mencionadas, tengan en el asunto.

Sin embargo, *no regirá* este impedimento en negocios de índole general que interesen al gremio, profesión, industria o comercio a que pertenezcan, en elecciones, o en aquellos asuntos de que trata el Título XII de este Reglamento”.

Por su parte, el Título XVIII del Reglamento contempla la Comisión de Ética y Transparencia del Senado, estableciendo, en su artículo 229, que ella conocerá y resolverá *cualquier situación* de orden ético que afecte a los senadores, se preocupará de *establecer normas de buenas prácticas* para un mejor desempeño de las funciones del Senado y *velará por el cumplimiento* de las normas de transparencia y acceso a la información pública. Adicionalmente, el artículo 232 dispone que la Comisión *asesorará* a la Mesa y absolverá las consultas que ésta o cualquier senador le formule ante una situación o actuación determinada que se estime relevante en el ejercicio de la función parlamentaria.

Por su parte, el artículo 233 contiene otras atribuciones de la Comisión de Ética y Transparencia del Senado, mientras que el artículo 236 inciso 1° preceptúa que sus decisiones serán obligatorias y definitivas, constituyendo un deber de honor de los senadores acatarlas, pudiendo señalar –al tenor

<sup>23</sup> Alejandro SILVA BASCUÑÁN: *Tratado de Derecho Constitucional*, p. 24.

del artículo 237– en su acuerdo, cuando el mérito y la gravedad del asunto sometido a su decisión lo demande, que se debe aplicar a un senador una amonestación verbal; y, en caso de falta grave o de reiteración, dicha censura se hará pública, sin perjuicio que se puede pedir reconsideración de lo decidido.

### 3. REGLAMENTO DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS Y CÓDIGO DE CONDUCTAS

En relación con esta Rama del Congreso Nacional hay que considerar tanto la preceptiva contenida en el *Reglamento de la Cámara de Diputados*, especialmente el Título I de su Libro Cuarto, que está dedicado a la *Comisión de Ética y Transparencia*, cuanto el *Código de Conductas Parlamentarias* que forma parte de dicho Reglamento, a los que me referiré como *el Reglamento* y *el Código*, respectivamente.

En particular, hay que tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 321 del primero de esos cuerpos normativos, pues allí consta que los diputados están sujetos al largo y detallado listado de deberes especiales, de entre los cuales destaco sólo por vía ejemplar: Usar la información reservada o privilegiada a la que tuvieren acceso en razón de la función que desempeñan; participar en la dictación de normas en su propio beneficio; recibir, en términos personales exclusivos, beneficios originados en contratos, concesiones o franquicias que celebre u otorgue la Administración del Estado; observar las disposiciones legales y reglamentarias sobre incompatibilidades, inhabilidades, prohibiciones por razón de parentesco<sup>24</sup>; abstenerse de participar, directa o indirectamente, en cualquier proceso decisorio que favorezca, en lo personal, sus intereses o los de su cónyuge, de parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad, o de su socio en una empresa<sup>25</sup>; obrar con honradez<sup>26</sup> y buena fe; guardar discreción en relación con los hechos e informaciones de los cuales tengan conocimiento en el ejercicio o con motivo del ejercicio de sus funciones, que hayan sido calificados como reservados<sup>27</sup>; ser justos y respetuosos en el trato<sup>28</sup>; desempeñarse con una conducta correcta, digna

---

<sup>24</sup> Cabe citar la resolución de la Comisión de Ética y Transparencia de la Cámara de Diputados pronunciada el 17 de mayo de 2012.

<sup>25</sup> Un criterio al respecto puede encontrarse en la resolución de la Comisión de Ética y Transparencia de la Cámara de Diputados pronunciada el 15 de marzo de 2012.

<sup>26</sup> Acúdase a la resolución de la Comisión de Ética y Transparencia de la Cámara de Diputados pronunciada el 17 de julio de 2012.

<sup>27</sup> Sobre este literal y el anterior, léase la resolución de la Comisión de Ética y Transparencia de la Cámara de Diputados pronunciada el 30 de julio de 2013.

<sup>28</sup> En este sentido, las resoluciones de la Comisión de Ética y Transparencia de la Cámara de Diputados pronunciadas el 20 de octubre de 2011 y el 5 de enero de 2012.



y decorosa<sup>29</sup>; y abstenerse de participar en cualquier proceso decisorio, incluso en su fase previa de consultas e informes que, por su vinculación con actividades externas, de alguna forma puedan ser afectados por una decisión oficial, o puedan comprometer su criterio o dar ocasión a dudas sobre su imparcialidad, a una persona razonablemente objetiva.

Por su parte, el artículo 8° del *Código de Conductas Parlamentarias* dispone que, en el ejercicio de su cargo, a los diputados les está prohibido: Usar en beneficio propio, de parientes o de terceros, la información reservada o privilegiada a la que tuvieren acceso en razón de la función que desempeñan; participar en la dictación de normas en su propio beneficio; usar indebidamente el título oficial, los distintivos, o el prestigio de la Corporación para asuntos de carácter personal o privado dirigir, administrar, patrocinar o prestar servicios, remunerados o no remunerados, a personas naturales o jurídicas que gestionen o exploten concesiones o privilegios de la Administración del Estado, o que fueren sus proveedores o contratistas; recibir, en términos personales exclusivos, beneficios originados en contratos, concesiones o franquicias que celebre u otorgue la Administración del Estado; solicitar recursos para la Corporación, cuando dicho aporte comprometa o condicione en alguna medida la toma de decisiones; y usar los bienes públicos recibidos en razón del cargo, en asuntos comerciales u otro lucro personal.

#### 4. SENTIDO Y ALCANCE

Comienzo, entonces, examinando el significado del impedimento previsto en el artículo 5° B, así como de las excepciones allí contempladas.

##### A. Coordinación previa

Lo hago dejando constancia, sin embargo, que esta preceptiva legal no sólo tiene que vincularse con lo dispuesto en el artículo 8° inciso 1° de la Constitución, sino también con las *Normas comunes para los diputados y senadores*, contenidas en sus artículos 57 a 62<sup>30</sup>.

---

Del mismo modo, en el caso de la Comisión de Ética y Transparencia del Senado, véase el Oficio C.E.T. N° 16/2012, emitido el 30 de marzo de 2012.

<sup>29</sup> Véase la resolución de la Comisión de Ética y Transparencia de la Cámara de Diputados pronunciada el 7 de agosto de 2013. Asimismo, léanse los considerandos 8° a 12° de la resolución pronunciada por la Comisión de Ética y Transparencia del Senado pronunciada el 5 de marzo de 2013.

<sup>30</sup> Tribunal Constitucional (2009); rol 1357, Considerando 10°. Asimismo, pueden leerse las sentencias pronunciadas por Tribunal Constitucional (2008); rol 970 y Tribunal Constitucional (1994); rol 190.

En efecto, la doctrina expuso, a propósito de las normas equivalentes previstas en la Constitución de 1925<sup>31</sup>, que:

“Este artículo (...) *tiende a evitar abusos* considerables que había desarrollado el régimen parlamentario, sancionando con la caducidad del mandato legislativo de los congresales que incurran en ellos (...).

La tercera reforma tiene por objeto impedir, dentro de lo posible, que se continúe perpetrando *el abuso de las “gestiones administrativas”* que tanto incremento habían alcanzado, llegando a constituir *una notoria vergüenza nacional* (...). En Chile se ha dado en llamar “gestiones administrativas” a *las diligencias que se han solido realizar por personalidades altamente situadas en la sociedad o en la política, con el fin de obtener para sí o para otras personas o compañías que patrocinan, beneficios más o menos cuantiosos con desmedro ilegítimo del patrimonio del Estado*”<sup>32</sup>.

Por su parte y ya bajo el imperio de la actual Carta Fundamental, se ha explicado que:

“(...) el factor motivante y justificativo de todas ellas ya en una *hipótesis de riesgo*, eso es, que llegue a conminarse la pérdida de independencia y objetividad con que el diputado o senador tiene que dedicarse al ejercicio de sus funciones. Si tal hipótesis se concreta, entonces se configura el ilícito correspondiente”<sup>33</sup>.

Conviene tener presente, por último, que quien incurra en las causales de cesación contempladas en el artículo 60 de la Constitución no sólo pierde el cargo parlamentario para el que fue elegido, sino que, además, queda inhabilitado de optar a una función o empleo público, sea o no de elección popular, por el término de dos años.

Con todo, tal y como lo ha aclarado la *Comisión de Ética y Transparencia* de la Cámara de Diputados<sup>34</sup>, la constatación y declaración de que un parlamentario ha incurrido en los hechos que configuran alguna

<sup>31</sup> Con antelación, Alcibiades ROLDÁN: *Elementos de Derecho Constitucional de Chile*, p. 242.

<sup>32</sup> José Guillermo GUERRA: *La Constitución de 1925*, pp. 203 ss. En el mismo sentido, puede consultarse, Carlos ANDRADE GEYWITZ: *Elementos de Derecho Constitucional Chileno*, p. 371; Alejandro SILVA BASCUÑÁN: *Tratado de Derecho Constitucional*, pp. 43 ss.; Carlos ESTÉVEZ GAZMURI: *Elementos de Derecho Constitucional Chileno*, pp. 186 ss., también es útil revisar las *Actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución*, sesión 371<sup>a</sup>, pp. 2582-2583 y el *Informe del Consejo de Estado*, VIII *Revista Chilena de Derecho* N° 1-6, pp. 260-281.

<sup>33</sup> José Luis CEA EGAÑA: *Curso de Derecho Constitucional*, p. 303.

<sup>34</sup> Por ejemplo, en las resoluciones pronunciadas por dicha *Comisión* el 10 de noviembre de 2011, el 8 de noviembre de 2012 y el 2 de abril de 2013.

de las causales de cesación, contempladas en el artículo 60 de la Carta Fundamental, corresponde al Tribunal Constitucional, de acuerdo con su artículo 93 N° 14°, pues la competencia de aquella *Comisión* se vincula con la conducta ética de los diputados, de acuerdo con los artículos 5° A y 5° B de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional y con lo dispuesto en *el Reglamento* y en el *Código* respectivos, aun cuando un mismo acto, ciertamente, puede originar ambos procedimientos de control e, incluso, los que persiguen hacer efectiva la responsabilidad civil y penal.

### B. Interés directo o personal

Lo primero que es menester dilucidar es el significado de la expresión *interés*, la cual, tal y como lo ha sostenido *la Comisión de Ética y Transparencia* de la Cámara de Diputados<sup>35</sup>, no tiene alcance estrictamente patrimonial, sino que incluye en ella ventajas o beneficios de índole honorífico o relativo a cuestiones inmateriales o de satisfacción, incluso, meramente espiritual, como, adicionalmente, se lo comprende en la moderna doctrina jurídica:

“Respecto de lo primero –el concepto de ‘interés’ en el derecho chileno–, debe tenerse en cuenta que en el ámbito del derecho privado, a propósito de la nulidad en materia civil, el “interés” ha sido entendido, a partir de lo dispuesto en el artículo 1.683 del Código Civil, como un requisito para demandar la nulidad absoluta, identificando éste con un interés actual y patrimonial, lo que sin embargo ha sido *criticado por otro sector de la doctrina, ampliándolo a la defensa de la moral y las buenas costumbres*. Asimismo, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, el concepto de interés se ha utilizado para *configurar de una manera amplia el concepto de daño*, extendiendo éste a las lesiones de derechos subjetivos e intereses. Aun más, la doctrina civilista más clásica, identificaba y denominaba a este interés como “legítimo”, entendiendo con ello la ventaja o beneficio lícito –es decir, conforme con la moral y las buenas costumbres– de que se prive a la víctima por el hecho doloso o culpable.

Lo anterior es en parte coincidente, como ya se vio, con la conceptualización que se ha hecho del “interés legítimo” en el derecho comparado, en que también se le identifica con una posición jurídica de ventaja o beneficio. Sin embargo, en el ámbito administrativo este concepto *se extiende no sólo a cuestiones patrimoniales*, sino de la vida en general, y especialmente de su conexión con el correcto ejercicio del poder público”<sup>36</sup>.

<sup>35</sup> Por ejemplo, en el considerando 22° de la resolución pronunciada el 10 de noviembre de 2011.

<sup>36</sup> Juan Carlos FERRADA BÓRQUEZ: “El Sistema de Justicia Administrativa Chileno: Revisión de la Legalidad de Actos Administrativos o Protección de Derechos y/o Intereses”, pp. 103-126.

En consecuencia, la expresión *interés* es claramente indicativa de un beneficio, ventaja o provecho en sentido amplio, incluyendo los de carácter comercial y también los de naturaleza inmaterial, conforme a una comprensión exigente y actualizada del principio de probidad en un Estado de Derecho que se sitúa en nuestro tiempo, caracterizado por la mayor transparencia y el máximo rigor con las conductas de todas sus autoridades, sin que el estándar o cartabón para evaluarla se agote en lo meramente patrimonial o medible económica o monetariamente.

Con todo y para no referir sólo planteamientos abstractos, es útil ejemplificar:

- En la hipótesis examinada por *la Comisión* respecto de un proyecto de ley que implicaba modificaciones tributarias que, en el caso específico, podían resultar beneficiosas para el parlamentario o sus parientes, en cuanto contribuyentes, no concurre, a mi juicio, la causal, no porque el asunto sea de interés general, sino porque la ventaja que se obtiene no es directa o personal, sino que se produce como consecuencia, inevitable, pero que no es el motivo principal o *directo* para resolver la votación; y
- Tampoco es constitutivo de infracción cuando el contenido del proyecto de ley o la votación adoptada por el parlamentario tiene como consecuencia un perjuicio patrimonial o un detrimento moral, en el sentido explicado, para él o para sus parientes, como sucedería si implicara una rebaja de remuneraciones o ingresos económicos o el cese anticipado en un cargo, aunque se ejerza *ad honorem*.

### C. Prohibición de promover y votar

El legislador ha dispuesto que, tratándose de un asunto que interese, directa o personalmente, al parlamentario o a su cónyuge, ascendientes, descendientes o colaterales hasta el tercer grado de consanguinidad y el segundo de afinidad e, inclusive, a las personas ligadas a él por adopción, le queda prohibido, al diputado o senador, promoverlo o votarlo.

La norma legal, entonces, impide al parlamentario, en primer lugar, *promover* el asunto, esto es, iniciar, impulsar o tomar la iniciativa para su realización o logro<sup>37</sup>, o sea, y llevado a la función concreta que desempeñan los diputados y senadores, les está vedado presentar proyectos de ley sobre esas materias. Adicionalmente, no pueden votar durante su tramitación parlamentaria.

---

<sup>37</sup> *Diccionario* citado en *supra* nota 12, p. 1.844.

Estimo ineludible hacerme cargo del criterio que ha manifestado la *Comisión de Ética y Transparencia* de la Cámara de Diputados, en el sentido que el artículo 5° B no puede impedir el voto del diputado que incurra en la prohibición, al punto que sería constitutivo de un precepto inconstitucional<sup>38</sup>.

Tal y como lo expone dicha *Comisión*, es escasa la regulación no sólo constitucional, sino también legal, del voto de los parlamentarios en el desempeño de sus cargos, al punto que no se establecen, taxativamente, los casos en que éste queda suspendido o vedado, pues ni siquiera lo señala así la Carta Fundamental en la hipótesis contemplada en el artículo 61 inciso final, a propósito del desafuero, aunque es indubitado que la suspensión en el ejercicio de la función parlamentaria lleva aparejado el impedimento de votar en tanto subsista dicha situación.

Así sucede, específicamente, en cada una de las hipótesis contempladas en los artículos 33 y 40 del *Reglamento* de la Cámara de Diputados.

De acuerdo a la primera de esas normas, el diputado queda imposibilitado de ejercer el voto en sesiones de Sala cuando se constata que ha entrado con armas a la Sala de la Corporación, pues se le impide acceder a ella durante un mes; en caso de reincidencia, durante dos meses; y, en caso de nueva reincidencia, durante seis meses.

A su turno, el artículo 40 señala que no se considerarán diputados en ejercicio (y, por ende, no pueden votar) quienes han sido electos y no se han incorporado aún a la Cámara y prestado el juramento o promesa de estilo; los que estén ausentes del país con permiso constitucional, salvo que hayan salido en misión oficial de la Corporación; y los suspendidos de su cargo por efecto de lo dispuesto en el ya referido inciso final del artículo 61 de la Constitución.

En estos cuatro casos, aunque no se prohíba directamente que el diputado vote, es consecuencia inevitable de la situación que queda impedido de hacerlo en todas las actividades parlamentarias que, como tal, ejerce.

---

<sup>38</sup> Debe considerarse también lo resuelto por la Comisión de Ética y Transparencia del Senado, el 30 de julio de 2013, Oficio C.E.T. N° 6/2013, reiterando el criterio expuesto el 26 de diciembre de 2012, Oficio C.E.T. N° 30/2012 y el 15 de mayo de 2013, Oficio C.E.T. N° 1/2013, en el sentido que:

“(…) no estima conveniente entrar a pronunciarse sobre eventuales impedimentos de Senadores en cada caso en que se prevean votaciones inminentes de proyectos de ley relevantes, desde el momento en que los artículos que regulan los conflictos de interés en el Senado -5° B de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional y 8° del Reglamento del Senado-, aportan elementos de juicio suficientes.

Entiende la Comisión que el primer llamado a resolver el conflicto de interés es el propio parlamentario, evaluando la situación concreta a la que se vea enfrentado, sin perjuicio de que, si se produjeran reclamaciones sobre su participación, esta Comisión reunirá los antecedentes y adoptará las decisiones que correspondan”.

Sin embargo, el artículo 3° del *Reglamento* añade una nueva hipótesis que, en principio, está concebida con rasgo genérico, al señalar que un diputado, cuando tenga que emitir su voto de viva voz, debe usar uno de los siguientes términos: Sí, No, Me abstengo, Estoy pareado o *ESTOY INHABILITADO*, con lo cual se ha previsto, en el estatuto interno de la Cámara, la inhabilidad como causal que impide ejercer el voto en las actividades parlamentarias, dentro del cual se sitúa el caso específico previsto en el artículo 5° B de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional.

En consecuencia, en este caso preciso, la fuente de la prohibición para votar es la ley y ella persigue nada más que impedir, excepcionalmente, el sufragio en un asunto preciso y determinado porque *interesa* al parlamentario o a alguno de los parientes taxativamente mencionados en el mismo precepto legal, lo cual es corroborado por el artículo 145 del *Reglamento*:

“Los Diputados no tendrán derecho a voto en los asuntos que interesen directa y personalmente a ellos, a sus ascendientes y descendientes, a sus cónyuges o a sus parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, ambos inclusive.

Pero podrán votar en asuntos de índole general que puedan beneficiar a una actividad, gremio o profesión en que tengan interés”.

Sin perjuicio de lo cual (y esto demuestra que el impedimento no es necesaria consecuencia de la suspensión de funciones) el artículo 5° B de la ley admite que el parlamentario –impedido de promover o votar el asunto– puede, en todo caso, participar en el debate advirtiendo previamente el interés que él o sus parientes tengan en aquel asunto.

En otras palabras, las causales que impiden al diputado ejercer el voto en el desempeño de su cargo, por establecerlo derechamente una norma jurídica o a raíz de otras situaciones que lo afectan, no constituye una materia constitucional, sino legal e, incluso, reglamentaria, en la amplia competencia con que se ha concebido, en nuestro Derecho, el alcance de esos estatutos internos:

“(…) Como también ocurre con otros cuerpos colectivos o instituciones, a través de la dictación de sus propios reglamentos, las Cámaras ejercen una potestad de autorregulación o de “prescripción autonómica”, con miras a organizarse y funcionar conforme a normas que ellas mismas se imponen y, que siendo recopiladas en verdaderos códigos, reciben el nombre de Reglamentos (...)”<sup>39</sup>.

---

<sup>39</sup> María Pía SILVA GALLINATO: “La Potestad de Autorregulación de las Cámaras y el Control de Constitucionalidad de sus Reglamentos Internos”, Asociación Chilena de Derecho

Por esto, la cautela del principio de probidad frente a una hipótesis específica, consistente en el interés que el diputado o un familiar directo suyo tiene en él, es suficiente fundamento para que el legislador haya dispuesto, excepcionalmente y sólo para ese asunto, la imposibilidad de que el parlamentario presente proyectos de ley o vote en la materia en cuestión, aunque puede, igualmente, participar del debate.

Nada hay en la Carta Fundamental, a la luz de lo explicado, que impida al legislador obrar como lo ha hecho, desde que –insisto– no es materia de reserva constitucional establecer los casos en que los parlamentarios no pueden votar, pues ello, a raíz de causas en las que, como consecuencia ineludible, surge el impedimento, está previsto en los artículos 31 y 45 del *Reglamento*, sin que quede vedado a la competencia legislativa imponerlo para una situación específica y circunscrita, como la que actualmente contempla el artículo 5° B de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional en relación con los artículos 3° y 145 del mismo estatuto interno.

No hay duda ni admite controversia que es grave la secuela que se sigue de hallarse el parlamentario alcanzado por el artículo 5° B, pero tampoco cabe ignorar que, preventivamente, no se divisa otra forma de evitar el conflicto de interés, a menos –claro está– que promuevan una iniciativa o voten en sentido, nítida e indiscutiblemente, contrario a su interés directo o personal, como única vía alternativa que resuelva acertadamente el conflicto de interés.

Compréndase bien: El artículo 5° B no confiere al parlamentario un mecanismo, dotado de alternativas, para resolver el conflicto de interés, sino que le impone abstenerse, salvo para participar en el debate, cuando el asunto le interese directa o personalmente. Es la ley, entonces, la que resuelve, derechamente y de una vez, la situación compleja en que, sobre la base de hechos constatados, ha quedado envuelto el diputado o senador.

En suma, en esta línea de pensamiento, que la imposibilidad de promover un asunto en que se tiene interés directo o de votar a favor, es el efecto más evidente que debe surgir en caso de incompatibilidad entre los intereses en juego, a cuya resolución se anticipa la ley, dejando excluido al parlamentario afectado.

#### D. Contraexcepciones

Avanzo al inciso 2° del artículo 5° B, pero lo hago precisando la naturaleza de esta norma, pues realmente no establece excepciones respecto de la

---

Constitucional: *Congreso Nacional. Libro Homenaje al Profesor Alejandro Silva Bascuñán*, p. 350. Véanse, asimismo, Tribunal Constitucional (2008); rol 1.216, considerandos 8° a 11°.

prohibición contenida en el inciso 1º, ya que ésta constituye, en sí misma, una excepción a la regla general consistente en que, obviamente, los parlamentarios pueden presentar proyectos de ley en todos los asuntos, salvo los de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, y deben votar en los que sean sometidos a su conocimiento mientras sirvan el cargo que la voluntad popular les ha conferido.

Entonces, la prohibición de promover y votar –contenida en el inciso 1º del artículo 5º B– es una excepción que debe ser interpretada y aplicada siempre restrictivamente; por lo que el inciso 2º prevé contraexcepciones que admiten que, no obstante que el parlamentario se encuentre situado en la hipótesis de aquel inciso 1º, recupera su capacidad para promover y votar en esos asuntos.

Se trata de aquellas materias de índole general que interesen al gremio, profesión, industria o comercio a que pertenezca el diputado o senador, en elecciones o en aquellas materias que importen el ejercicio de alguna de las atribuciones exclusivas de la Cámara de Diputados.

En concreto y comenzando por las situaciones que no admiten controversia: Aun cuando el parlamentario o sus parientes tengan interés directo o personal, aquel puede votar en las elecciones que corresponda dirimir a la Cámara, como la que se realiza para elegir a los integrantes de la Mesa de la Corporación, o en aquellas materias que importen el ejercicio de alguna de las atribuciones exclusivas de la Cámara de Diputados, es decir, la fiscalización de los actos del Gobierno y declarar si ha o no lugar una acusación constitucional, conforme a lo dispuesto en el artículo 52 de la Carta Fundamental.

Yendo, en seguida, a la primera contraexcepción: Materias de índole general que interesen al gremio, profesión, industria o comercio a que pertenezca el parlamentario, hay que consignar que no constituye excepción a la prohibición de promover y votar, establecida perentoriamente en el inciso 1º, que el asunto verse sobre una materia de interés general, a secas. Precisamente, es en este tipo de materias que concurre el impedimento, cuando el interés del parlamentario es directo o personal.

La contraexcepción es más específica, pues supone que el asunto es de interés general, pero además interesa al gremio (conjunto de personas que tienen un mismo oficio o actividad<sup>40</sup>), profesión (actividad por la que se percibe una retribución<sup>41</sup>), industria (conjunto de operaciones materiales ejecutadas para la obtención, transformación o transporte de

<sup>40</sup> *Diccionario* citado en *supra* nota 12, p. 1.157.

<sup>41</sup> *Id.*, p. 1.840.



uno o varios productos naturales<sup>42</sup>) o comercio (tienda, almacén o establecimiento<sup>43</sup>) a que pertenece el parlamentario, lo cual puede constituirse, a mayor abundamiento, en la razón principal que el electorado tuvo en consideración para elegirlo.

En definitiva, aun cuando interese, directa o personalmente, al parlamentario o a sus parientes, éste puede votar en asuntos que, siendo de interés general, sin embargo, afecten al gremio, profesión, industria o comercio al que él pertenece o tratándose de las elecciones que corresponda dirimir a la Cámara, la fiscalización de los actos del Gobierno y el pronunciamiento en una acusación constitucional.

##### 5. CONSECUENCIAS CUANDO SE COMETEN LAS INFRACCIONES

Finalmente, en nexa con las consecuencias jurídicas que se siguen de incurrirse en la prohibición dispuesta por el legislador, creo necesario reconocer que, cuando se incurre en alguna de las infracciones contempladas en el artículo 321 del *Reglamento* procede aplicar, en orden creciente, el llamado al orden, la amonestación o la censura, según la apreciación de los hechos y de las pruebas aportadas, conforme a las reglas de la sana crítica, dentro de la cual cabe considerar tanto las circunstancias atenuantes (buena fe, reparación oportuna del mal causado, el reconocimiento de la falta y error excusable) cuanto las agravantes (ausencia de cooperación y negativa a comparecer o a entregar los antecedentes requeridos) para disminuir o aumentar el grado de la pena principal o de la anexa.

Esta última, conforme al artículo 323, es una multa que se sitúa en el 2% de la dieta mensual cuando la pena principal es llamado al orden; entre el 2% y el 5% de la dieta mensual, si ha habido amonestación; y, en caso de censura, puede llegar a una suma entre el 5% y el 15% de la dieta mensual.

Con todo, estas sanciones proceden cuando se constata y declara por la Comisión que el diputado ha incurrido en alguna de las infracciones previstas en el artículo 321 del *Reglamento*.

Para terminar, si el diputado promueve o vota un asunto de interés directo o personal, suyo o de los parientes singularizados en el artículo 5° B, sin que la conducta sea subsumible, al mismo tiempo, en alguna de las infracciones contempladas en el artículo 321 del *Reglamento*, no procede sanción, conforme a su artículo 322, por lo que se vuelve decisivo que la información disponible de los parlamentarios, acerca de su patrimonio

<sup>42</sup> *Id.*, p. 1.270.

<sup>43</sup> *Id.*, p. 596.

e intereses, sea amplia, completa, detallada y suficientemente clara y accesible para que pueda ejercerse verdaderamente control preventivo, acudiendo a los medios de comunicación social o, si se posee legitimación activa, ante *la Comisión* que puede actuar también de oficio.

#### 6. RESOLUCIONES DE LA COMISIÓN DE ÉTICA Y TRANSPARENCIA

Al concluir este párrafo, estimo pertinente examinar dos de las decisiones más relevantes, en esta materia, adoptadas por *la Comisión*, sin perjuicio de las que he ido citando a pie de página, pues también ayudan a esclarecer el significado del artículo 5° B de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional y de las normas relacionadas con él.

En primer lugar, el 10 de noviembre de 2011, *la Comisión* se pronunció acerca de una consulta formulada por dos diputados respecto de si aquellos parlamentarios que tenían la condición de fumadores podían participar en la discusión y votación del proyecto que modificaba la Ley N° 19.419, en materia de ambientes libres de humo de tabaco.

*La Comisión* expuso, primeramente, que su *opinión* solo decía relación con el plano ético de las actuaciones parlamentarias<sup>44</sup>, considerando que, desde la entrada en vigencia de la Ley N° 20.447, se le había encomendado, en carácter de perentorio, el deber de velar por el respeto de los principios de probidad, transparencia y acceso a la información pública, así como también *conocer y sancionar* las faltas a la ética parlamentaria de los miembros de la Cámara, para lo cual resultaba imprescindible incursionar en otros planos del quehacer parlamentario, efectuando una calificación jurídica de los hechos sometidos a su arbitrio<sup>45</sup>.

En seguida, *la Comisión* se refiere a las menciones constitucionales del derecho a voto de los diputados, a propósito de lo cual recuerda que:

“Que la Carta Fundamental *no regula de manera orgánica* el derecho a voto de los parlamentarios, aunque reconoce su existencia en varias disposiciones. Por lo pronto, los artículos 37, 52, 53, 61, 68, 71 y 127

<sup>44</sup> En sentido amplio, sobre el deslinde entre la evaluación ética y la actuación política, léase la resolución de la Comisión de Ética y Transparencia de la Cámara de Diputados pronunciada el 8 de noviembre de 2012. Más en concreto, en relación con la competencia de *la Comisión*, es interesante examinar los considerandos 12° y 15° de la resolución pronunciada el 7 de marzo de 2013; respecto de las causales de cesación en la función parlamentaria, véanse los considerandos 22° y 27° de la resolución pronunciada el 2 de abril de 2013; en lo relativo a las asignaciones parlamentarias, la resolución pronunciada el 6 de septiembre de 2012, y, en fin, respecto de actuaciones privadas, tanto la resolución pronunciada el 31 de mayo de 2011 como la que dictó el 2 de abril de 2013.

<sup>45</sup> Considerando 2° de la resolución pronunciada por la Comisión de Ética y Transparencia de la Cámara de Diputados el 8 de noviembre de 2012.

de la Ley Matriz, expresamente aluden al voto de los parlamentarios al tratar diversas materias. No obstante, se emplea derechamente la voz “derecho a voto” al referirse a los Ministros de Estado, de quienes indica, en el inciso primero del artículo 37, que podrán asistir a las sesiones de las Cámaras y tomar parte en sus debates, con preferencia para hacer uso de la palabra, pero sin derecho a voto<sup>46</sup>.

Adicionalmente, recuerda que el artículo 61 inciso cuarto de la Constitución señala que, producido el desafuero, el diputado o senador imputado queda suspendido de su cargo y sujeto al juez competente, de lo cual colige, acertadamente, que el parlamentario queda impedido, constitucionalmente, de ejercer las prerrogativas de su cargo, es decir, manifestar opiniones y emitir su voto para formar acuerdo<sup>47</sup>.

Por lo expuesto, hállese aquí una primera cuestión relevante, aunque, como ya expuse, disiento de la interpretación que ha efectuado *la Comisión*, en el sentido:

“Que en la Constitución Política no existe ninguna otra disposición que restrinja el derecho a voto de los parlamentarios. Ni siquiera tal derecho se encuentra restringido por el deber de dar cumplimiento estricto al principio de probidad que estas autoridades deben observar en el ejercicio de las funciones públicas, como lo exige el artículo 8° de la Ley Matriz. Lo anterior, es sin perjuicio de que el quebrantamiento de tal deber originará para el infractor las responsabilidades que correspondan conforme nuestro ordenamiento.

(...) mal puede la ley, que es una norma de rango inferior, impedir el ejercicio del derecho a voto de que están investidos los diputados. En efecto, la expresión del artículo 5° B en orden a que los miembros de cada una de las Cámaras no podrán promover ni votar ningún asunto que interese directa o personalmente a ellos o las demás personas relacionadas que señala, importa la omisión de una conducta que, en caso contrario, puede poner a quien la infrinja en situación de ser sancionado por el órgano encargado de velar por el cumplimiento de tal mandato, pero en ningún caso impedirle ejercer su derecho constitucional a votar en el asunto<sup>48</sup>.

Ahora bien y yendo al fondo del respeto al principio de probidad, *la Comisión* es clara para señalar:

“(...) *no sólo es necesario que la cuestión le beneficie* por su pertenencia a un grupo de ciudadanos afectos a la resolución a la que está llamado a

<sup>46</sup> Comisión de Ética y Transparencia (2012); Considerando 9°.

<sup>47</sup> Comisión de Ética y Transparencia (2012); Considerando 11°.

<sup>48</sup> Comisión de Ética y Transparencia (2012); Considerandos 12° y 13°.

participar, sino que lo haga porque se trata de un interés directo que reportará tal efecto favorable, sea económico, de galardón o de posición para el diputado o sus parientes”<sup>49</sup>.

Atendiendo a este razonamiento es que deben interpretarse, entonces, adecuadamente, las excepciones contempladas en el artículo 5° B:

“Que, si bien la Constitución Política de la República exige un cumplimiento estricto del deber de probidad, una interpretación exegética de tal mandato puede llevar al absurdo de que existan cuestiones, como un reajuste general de remuneraciones o una modificación al sistema impositivo, que impedirían que los legisladores pudieran participar en la votación. Por ello es que tanto las normas legales como reglamentarias han establecido excepciones en orden a que dicho impedimento se vea relativizado, como cuando se trate de votar en asuntos que interesen al gremio, profesión, industria o comercio a que pertenezcan los legisladores, en elecciones o en aquellas materias que importen el ejercicio de alguna atribución exclusiva de la Cámara, situación esta última cuestionable por el alcance particular que puede tener el interés.

Que la excepción también permite que los diputados afectos a un conflicto de interés puedan participar en el debate del asunto, advirtiendo previamente el interés que ellos o las personas relacionadas tienen en la materia, pues en el caso contrario, aunque luego el diputado no vote, se expone a que su conducta sea examinada a la luz de los efectos que su intervención pudo tener en el debate”<sup>50</sup>.

*La Comisión*, en consecuencia, resolvió que no había inconveniente, ético o legal, para que los diputados que tenían el hábito de fumar participaran en la discusión y votación del proyecto de ley que modificaba la

<sup>49</sup> Comisión de Ética y Transparencia (2012); Considerando 22°. Conviene recordar aquí, para validar este criterio, que, tratándose de los funcionarios integrantes de la Administración del Estado, la Contraloría General de la República ha resuelto, en el Dictamen N° 47.630, 26 de julio de 2013:

“En relación con la materia, la jurisprudencia administrativa de este Organismo de Control, contenida en el dictamen N° 26.015, de 2007, ha manifestado que *la finalidad de la mencionada normativa no es otra que el impedir que intervengan en la resolución, examen o estudio de determinados asuntos o materias, aquellos servidores que puedan verse afectados por un conflicto de intereses en el ejercicio de su empleo o función, en virtud de circunstancias que objetivamente puedan afectar la imparcialidad* con que éstos deben desempeñarse. Pues bien, es posible concluir, entonces, que para que pueda entenderse comprometida la imparcialidad con que debe ejercer sus funciones la autoridad edilicia, el interés que tenga en el asunto sometido a su conocimiento y resolución, *tiene que tener carácter directo, objetivo y particular*, siendo susceptible de *traducirse en una ventaja personal* (aplica criterio contenido en el dictamen N° 40.652, de 2006)”.

<sup>50</sup> Comisión de Ética y Transparencia (2012); Considerandos 19° y 20°.

Ley N° 19.419, en materia de ambientes libres de humo de tabaco, desde que se trataba de una cuestión de carácter general que importaba a toda la población, sin perjuicio de lo acertado o no de la decisión en mérito a otras valoraciones que cada legislador tuviera en su fuero íntimo.

El segundo caso que es útil considerar fue resuelto el 24 de mayo de 2012, a propósito del cual *la Comisión* examinó una consulta acerca de si los diputados podían participar en la discusión y votación de un proyecto de ley que perfeccionaba la legislación tributaria.

Al respecto, *la Comisión*, obviamente, sostuvo que el proyecto de ley es una iniciativa que afecta a todos los ciudadanos, según su capacidad de ingresos, y, por lo mismo, se trata de un asunto de interés general, sin que sea posible evaluar el asunto en abstracto, sino en concreto, y que, en este ámbito, varias de las modificaciones al régimen tributario propuestas pueden afectar, directa o indirectamente, a los diputados, en particular la que propone rebajar, en la tabla impositiva que grava el impuesto único al trabajo con relación a la dieta parlamentaria, máxime si se sigue la tesis que la considera una renta afecta a ese impuesto único<sup>51</sup>.

En esta línea de pensamiento, *la Comisión* trajo a la memoria que corresponde al Presidente de la República la iniciativa exclusiva para imponer, suprimir, reducir o condonar tributos de cualquier naturaleza, establecer exenciones o modificar las existentes y determinar su forma, proporcionalidad o progresión y que, en cambio, el Congreso Nacional sólo puede aceptar, disminuir o rechazar las iniciativas que el Primer Mandatario proponga en esta materia, por lo que la acción de los parlamentarios se ve extremadamente reducida<sup>52</sup>.

<sup>51</sup> Este criterio de examinar los potenciales conflictos en cada caso concreto, de acuerdo con sus particularidades, también ha sido exigido por la Contraloría General de la República, en relación con los funcionarios públicos, v. gr., en el Dictamen N° 28.099 (2013):

“En este punto, cabe precisar que conforme al criterio indicado por esta Entidad Fiscalizadora en los dictámenes N°s. 75.078, de 2010 y 68.808, de 2011, la existencia o no de un conflicto de interés, que trae como consecuencia que el funcionario deba abstenerse de intervenir en la materia de que se trate, *resulta necesario que sea analizado específicamente en cada caso*.”

En efecto, si *en un asunto concreto y de acuerdo a los antecedentes* que lo acrediten se advierte que un servidor pueda hacer primar su interés particular por sobre el interés general en una determinada decisión, aquél se encuentra sujeto al cumplimiento del señalado deber, de lo contrario se estará en presencia de una infracción al principio de probidad administrativa.

De ese modo, *sostener una interpretación basada en un deber de abstención general implicaría atentar contra el principio de continuidad de la función pública* establecido en los artículos 3° y 28 de la anotada ley N° 18.575, así como a la demás normativa y jurisprudencia administrativa de este Órgano Contralor citada en el presente oficio”.

<sup>52</sup> Comisión de Ética y Transparencia de la Cámara de Diputados (2012); considerando 17°.

Por ello, *la Comisión* estimó que los diputados se encontraban habilitados para discutir y votar las propuestas que, sobre la materia, realizara el Presidente de la República, sin que las opiniones y votos que emitan los inhabiliten en caso alguno, por tratarse de una cuestión de carácter general que afecta o favorece no solo a los parlamentarios, sino al conjunto de chilenos que se encuentran en los tramos de ingresos gravados por el impuesto único:

“Suponer lo contrario importaría una prohibición tal que ni siquiera cabría la posibilidad de aprobar, por ejemplo, la rebaja de otros tributos como el impuesto a los timbres y estampillas que beneficia a la gran mayoría de los compatriotas sin distinción”<sup>53</sup>.

### III. Conclusiones

El valor principal que buscan cautelar las normas relativas al principio de probidad parlamentaria es la confianza que la ciudadanía ha depositado en los diputados y senadores con miras a que su conducta sea moralmente intachable, motivada por una entrega honesta y leal al desempeño del cargo y con preeminencia del interés público sobre el privado, en lugar de favorecer sus propios intereses, especialmente considerando que el control social de estas autoridades, cuya legitimidad es directamente democrática, se vuelve siempre más complejo y difícil que tratándose de funcionarios sometidos a jerarquía y procedimientos heterónomos de sanción para sus actuaciones contrarias a dicho principio.

Sin embargo, nuestro legislador ha ido avanzando en configurar fórmulas concretas para resguardar ese valor en el artículo 5° B de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, cuyo sentido y alcance he explicado y, con mayor profundidad todavía, ha avanzado, especialmente, la Cámara de Diputados con la completa regulación contenida en el Reglamento de dicha Corporación y, más aún, en su Código de Conductas Parlamentarias.

Se trata de disposiciones, como suele ocurrir en esta materia, amplias, pero de contornos claros y delimitados; que utilizan conceptos abiertos, pero que pueden ser definidos en su contenido y alcance con una interpretación sistemática y de buena fe, esto es, que considere la particular naturaleza del cargo parlamentario y cuidándose de no alterar la composición nacida de la voluntad popular; susceptibles de ser aplicados a casos

<sup>53</sup> Comisión de Ética y Transparencia (2012); Considerando 19°.

concretos, respetando sus particularidades, a partir de nociones generales y abstractas que ayudan a no incurrir en discriminaciones.

#### IV. Bibliografía

- ANDRADE GEYWITZ, Carlos: *Elementos de Derecho Constitucional Chileno* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1963).
- BARRA GALLARDO, Nancy: *Probidad Administrativa* (Santiago, Editorial Lexis-Nexis, 2004).
- CEA EGAÑA, José Luis: *Curso de Derecho Constitucional*, tomo III (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2013).
- ESTÉVEZ GAZMURI, Carlos: *Elementos de Derecho Constitucional Chileno* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1949).
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos: “El Sistema de Justicia Administrativa Chileno: Revisión de la Legalidad de Actos Administrativos o Protección de Derechos y/o Intereses”, *Revista de Derecho*, vol. XXV, N° 1 (Valdivia, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral, 2012).
- GUERRA, José Guillermo: *La Constitución de 1925* (Santiago, Establecimientos Gráficos Balcells, 1929).
- HERNÁNDEZ EMPARANZA, Domingo: “Notas sobre Algunos Aspectos de la Reforma a las Bases de la Institucionalidad, en la Reforma Constitucional de 2005: Regionalización, Probidad y Publicidad de Actos” en Humberto Nogueira Alcalá (coord.), *La Constitución Reformada de 2005* (Santiago, Editorial Librotecnia, 2005).
- ROLDÁN, Alcibiades: *Elementos de Derecho Constitucional de Chile* (Santiago, Imprenta Barcelona, 1917).
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro: *Tratado de Derecho Constitucional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000).
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro: *Tratado de Derecho Constitucional* (tomo III, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1963).
- SILVA GALLINATO, María Pía: “La Potestad de Autorregulación de las Cámaras y el Control de Constitucionalidad de sus Reglamentos Internos”, Asociación Chilena de Derecho Constitucional: *Congreso Nacional. Libro Homenaje al Profesor Alejandro Silva Bascuñán* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2013).

#### JURISPRUDENCIA

- Corte Suprema (2008): rol 2.321-2007, de 19 de mayo de 2008.
- Tribunal Constitucional (2014): rol 2.646, de 22 de abril de 2014.
- Tribunal Constitucional (2011): rol 2.087, de 29 de diciembre de 2011.

Tribunal Constitucional (2010): rol 1.413, de 16 de noviembre de 2010.  
Tribunal Constitucional (2009): rol 1357, de 9 de julio de 2009.  
Tribunal Constitucional (2008): rol 1.170, de 26 de agosto de 2008.  
Tribunal Constitucional (2008): rol 1.216, de 30 de octubre de 2008.  
Tribunal Constitucional (2008): rol 970, de 7 de octubre de 2008.  
Tribunal Constitucional (1994): rol 190, de 7 de diciembre de 1994.

#### RESOLUCIONES Y OFICIOS

Comisión de Ética y Transparencia de la Cámara de Diputados (2013): de 7 de Agosto de 2013.  
Comisión de Ética y Transparencia de la Cámara de Diputados (2013): de 30 de julio de 2013.  
Comisión de Ética y Transparencia de la Cámara de Diputados (2013): de 2 de abril de 2013.  
Comisión de Ética y Transparencia de la Cámara de Diputados (2013): de 7 de marzo de 2013.  
Comisión de Ética y Transparencia de la Cámara de Diputados (2013): de 2 de abril de 2013.  
Comisión de Ética y Transparencia de la Cámara del Senado (2013): de 15 de mayo de 2013.  
Comisión de Ética y Transparencia de la Cámara de Diputados (2013): de 2 de abril de 2013.  
Comisión de Ética y Transparencia de la Cámara de Diputados (2013): de 2 de abril de 2013  
Comisión de Ética y Transparencia de la Cámara del Senado (2013): de 5 de marzo de 2013.  
Comisión de Ética y Transparencia de la Cámara del Senado (2013): de 30 de julio de 2013.  
Comisión de Ética y Transparencia de la Cámara del Senado (2012): de 26 de diciembre de 2012.  
Comisión de Ética y Transparencia de la Cámara del Senado (2012): de 30 de marzo de 2012.  
Comisión de Ética y Transparencia de la Cámara de Diputados (2012): de 8 de noviembre de 2012.  
Comisión de Ética y Transparencia de la Cámara de Diputados (2012): de 6 de septiembre de 2012.  
Comisión de Ética y Transparencia de la Cámara de Diputados (2012): de 17 de mayo de 2012.  
Comisión de Ética y Transparencia de la Cámara de Diputados (2012): de 15 de marzo de 2012.



- Comisión de Ética y Transparencia de la Cámara de Diputados (2012): de 17 de julio de 2012.
- Comisión de Ética y Transparencia de la Cámara de Diputados (2012): de 5 de enero de 2012.
- Comisión de Ética y Transparencia de la Cámara de Diputados (2012): de 8 de noviembre de 2012.
- Comisión de Ética y Transparencia de la Cámara de Diputados (2012): de 6 de septiembre de 2012.
- Comisión de Ética y Transparencia de la Cámara de Diputados (2012): de 8 de noviembre de 2012.
- Comisión de Ética y Transparencia de la Cámara de Diputados (2012): de 8 de noviembre de 2012.
- Comisión de Ética y Transparencia de la Cámara de Diputados (2011): de 10 de noviembre de 2011.
- Comisión de Ética y Transparencia de la Cámara de Diputados (2011): de 10 de noviembre de 2011.
- Comisión de Ética y Transparencia de la Cámara de Diputados (2011): de 31 de mayo de 2011.
- Comisión de Ética y Transparencia de la Cámara de Diputados (2011): de 20 de octubre de 2011.
- Comisión de Ética y Transparencia de la Cámara de Diputados (2011): de 31 de mayo de 2011.

#### DICTÁMENES

- Contraloría General de la República (2013): Dictamen N° 47.630, de 26 de julio de 2013.
- Contraloría General de la República (2013): Dictamen N° 28.099, de 7 de mayo de 2013.

#### OTROS

- Convención Interamericana contra la Corrupción*, promulgada por Decreto Sobre Bases Generales de la Administración del Estado, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se encuentra contenido en el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2000, publicado en el Diario Oficial el 17 de noviembre de 2001.
- COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO DEL SENADO, segundo trámite constitucional, recaído en el proyecto de ley sobre probidad de los órganos de la Administración del Estado, 2 de junio de 1998.
- COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO DEL SENADO, primer trámite, recaído en los proyectos de reforma constitucional, Boletín N° 2.526, 18 de marzo de 2003.

*Diccionario de la Real Academia Española* (Madrid, Editorial Espasa, 2001).  
NACIONES UNIDAS, *Convención contra la Corrupción*, promulgada por Decreto Supremo N° 375, de 2006 (Ministerio de Relaciones Exteriores), publicado en el Diario Oficial el 30 de enero de 2007.

## EL ESTADO COMO SUJETO PASIVO EN MATERIA DE LIBRE COMPETENCIA

### THE STATE AS AN ANTITRUST DEFENDANT

*María Fernanda Juppet Ewing\**

#### *Resumen*

El presente artículo busca determinar los requisitos necesarios para que el Estado y sus organismos puedan ser demandados ante la jurisdicción de Libre Competencia por contravenir su normativa.

Asimismo, intenta determinar en qué casos los particulares que fueran inducidos por la Administración del Estado para contratar en términos contrarios a la libre competencia pueden a su vez ser sancionados por el Tribunal de la Libre Competencia en razón de los actos que hubieren desplegado con concordancia con ésta.

Finalmente, se discute el principio de confianza legítima como elemento eximente de responsabilidad para los agentes privados inducidos a actuar contrariando la normativa de libre competencia por el Estado y sus organismos, para reemplazarlo por el concepto de confianza lúcida.

Palabras clave. Libre competencia, Estado como sujeto pasivo, confianza legítima, confianza lúcida.

#### *Abstract*

This article seeks to determine the requirements for the state and its agencies can be sued for contravening antitrust regulation in the implementation of public policies.

Also, try to determine where individuals who were induced by the State and its agencies to sign a contract in terms contrary to antitrust regulation can be sanctioned by the Court on account of these acts.

Finally, we discuss the principle of legitimate expectations as a defense element of accountability for private agents induced to act contrary to antitrust rules by the State and its agencies, and replace it with the concept of lucid confidence.

---

\* LL.M. University of California, Berkeley, U.S.; Profesora de Derecho, Economía y Mercado, Universidad del Desarrollo. Artículo enviado el 7 de enero del 2015 y aceptado para su publicación el 5 de marzo del 2015. Correo electrónico: mfjuppet@gmail.com.

Key words. Antitrust, actions against the state, legitimate expectations principle, lucid confidence.

### *Introducción*

Al plantear el problema del Estado como sujeto pasivo de la institucionalidad de defensa de la libre competencia, no deja de alertar al lector la noción de que el Estado cometa un acto antijurídico relacionado directamente con el posicionamiento en el mercado de empresas con poder de mercado que compiten entre sí.

La noción que el Estado y sus organismos puedan actuar infringiendo las normas de protección de la libre competencia resulta difícil de entender en un primer momento, dado que suele darse por sentado que dicha normativa debiera resultar aplicable sólo a las organizaciones privadas, y en particular a aquellas que tienen por finalidad la generación de lucro para sus titulares. Con todo, dicha idea es falsa, dado que cualquier tipo de organización, pública o privada, con o sin fines de lucro, queda sometido a la jurisdicción del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Resulta interesante, al revisar el comportamiento de los agentes de mercado, el recordar que el Estado es uno de los principales actores dentro del mismo, al actuar como un macrosujeto, genera oportunidades de negocio de gran envergadura en los diversos espacios dentro de los cuales se desenvuelve. De tal manera, no es ilógico pensar que las normas de defensa de la libre competencia le resulten aplicables.

Definición de mercado, entendiendo por éste “institución donde compradores y vendedores interactúan e intercambian”<sup>1</sup>.

Dentro del mercado, principalmente pueden actuar diversos tipos de agentes, como oferentes y demandantes, pero dentro de ellos podemos distinguir claramente entre los agentes privados y agentes públicos. Entre los primeros podemos identificar tanto a personas naturales, como a personas jurídicas, que se dedican a proveer bienes y servicios al mercado, como también a quienes demandan dichos bienes o servicios. En el segundo grupo, podemos distinguir al Estado, sus organismos y las empresas cuya propiedad es controlada por éste. En ambos casos, se encuentran sujetos en sus transacciones comerciales a las normas de defensa de la libre competencia.

De tal manera, y en opinión de la Fiscalía Nacional Económica:

---

<sup>1</sup> Karl CASE y Ray FAIR, *Principios de macroeconomía*, p. 40.

“En la práctica, tanto en el ámbito público como en el privado, los agentes económicos pueden llevar a cabo actos anticompetitivos que, en definitiva, perjudican a los consumidores, y disminuyen las oportunidades de innovación e incentivos a incrementar la productividad de las empresas, entorpeciendo y frenando el crecimiento de la economía. Estos actos anticompetitivos constituyen un atentado a la libre competencia e infringen la legislación vigente sobre la materia”<sup>2</sup>.

Así, el Estado desde su quehacer público puede interactuar con los mercados desde diversas perspectivas. De tal manera, en cada uno de dichos aspectos el ente público asume un rol que le es propio dentro de una economía de mercado.

En primer lugar, como agente económico, interviene a través de políticas públicas en los mercados que participan mediante sus actuaciones.

En segundo lugar, el Estado diseña y ejecuta sus planes y programas de tal manera de ejercer un rol redistributivo a través de la aplicación de impuestos, para una posterior asignación de dichos recursos por medio de subsidios.

Finalmente, asume un rol regulador a través del ejercicio de su potestad normativa, imponiendo un marco regulatorio aplicable a los agentes que participan en los diversos mercados, como medio para corregir las fallas de mercado. De tal manera, el Estado y sus organismos sólo podrían regular situaciones que tendieran a solucionar: externalidades negativas, asimetrías de información, competencia imperfecta y barreras de mercado.

### *Sector público y libre competencia*

El problema a que se aboca el estudio del presente artículo no se observa de manera exclusiva en nuestro país, sino que es posible encontrar preocupación de la doctrina comparada en otras latitudes, analizando casos de estudio en la misma línea de la jurisprudencia nacional del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en los cuales se hace responsable al Estado y sus organismos por contravenir gravemente las normas del Decreto Ley 211.

Tal es el caso de España, donde se manifiesta en la misma LDC al contemplar de forma explícita tanto la aplicación de la normativa respecto del Estado y sus organismos, como aquellos casos en los que se exceptiona

<sup>2</sup> Fiscalía Nacional Económica, *Guía Sector Público y Libre Competencia: Evaluando sus actuaciones desde la perspectiva de la competencia*, p. 4.

la aplicación de esta norma. En opinión del profesor Baño León, ahondando respecto de la situación española, la explica en los términos siguientes:

“La vigente LDC admite con normalidad que las Administraciones Públicas puedan ser sujetos pasivos del Derecho de la competencia y que una administración especializada, la Comisión Nacional de la Competencia, vigile e incluso castigue las conductas administrativas que infrinjan los ilícitos “antitrust”, los acuerdos colusorios y el abuso de posición dominante, así como aquellos actos de competencia desleal que falseen gravemente la libre competencia”<sup>3</sup>.

Lo anterior resulta plenamente concordante con la realidad, al considerar que el Estado no sólo participa en los mercados, sino que éste y sus organismos crean mercados específicos generando monopolios en la prestación de servicios y provisión de bienes en cada licitación pública que entrega la exclusividad de contratos determinados a los vencedores en dichos procesos de licitación.

De tal manera, dentro de los procesos de licitación las empresas no compiten en el mercado, dado que cuando el mercado es creado con características de monopolio (en la resolución administrativa de adjudicación de contrato), se convierte en una competencia *por* el mercado, durante el proceso de licitación.

Por tanto, es importante considerar que las normas de defensa de la libre competencia resultan plenamente aplicables al Estado y sus organismos, pero respecto de situaciones de una gravedad tal que vulneren gravemente la libertad e igualdad en los mercados objeto de análisis por la institucionalidad de la libre competencia en el territorio correspondiente. Siguiendo a Baño León cuando indica que:

“Si son aplicables las normas de competencia a los servicios públicos concurrentes con las actividades privadas, siempre que la conducta de la Administración pueda calificarse de abuso de posición dominante o de competencia desleal, para lo cual habrá que analizar el mercado relevante”<sup>4</sup>.

La normativa de defensa de la libre competencia en Chile no sigue el modelo europeo de regulación directa de la aplicación de sus normas respecto del Estado y sus organismos, para estos efectos, guarda absoluto silencio sobre la manera de operativizar sus preceptos en esta materia.

<sup>3</sup> José María BAÑO LEÓN, *La aplicación del derecho “antitrust” a la administración pública*, p. 61.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 76.

En consecuencia, para poder interpretar las normas aplicables al Estado y sus organismos en esta materia debemos recurrir a dos fuentes principales. En primer lugar, las guías de la Fiscalía Nacional Económica, que si bien no constituyen una fuente normativa, otorgan indicios respecto del comportamiento de dicho agente público en el ejercicio de acciones persecutorias de defensa de la libre competencia.

Y, en segundo lugar, se debe acudir a fuentes jurisprudenciales, dado que será el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia quien, a través de sus sentencias, dilucide el espacio de libertad con el que cuentan efectivamente el Estado y sus organismos en esta materia.

Así, analizando la primera de dichas fuentes, es importante indicar que dentro de las normas internas que vienen a determinar ciertos estándares en materia de libre competencia podemos destacar las guías de la Fiscalía Nacional Económica, las cuales si bien es cierto no presentan el carácter de obligatorias, constituyen una fuente para aclarar la comprensión de las normas de dicho ente fiscalizador, por tanto, entrega a los agentes alguna claridad sobre la antijuridicidad de sus acciones, o su naturaleza inocua, dependiendo del caso.

De tal manera, y ante la duda de las normas que resultarían aplicables al Estado en materia de libre competencia, la Fiscalía en el año 2012 dictó la Guía “Sector Público y Libre Competencia: Evaluando sus actuaciones desde la perspectiva de la competencia”.

Si bien es cierto que al Estado y sus organismos se les aplicarán las normas de libre competencia en los mismos términos que a los agentes privados, no es menos cierto que en opinión de la Fiscalía se encuentra autorizado para contravenir abiertamente dicha normativa, dado que la FNE reconoce que, en algunos casos, los objetivos de política pública y las regulaciones específicas que los concretizan pueden no estar alineados con los principios de la libre competencia, e incluso llegar a contravenirlos. En la medida que estas disposiciones estén fundadas en un mandato legal expreso y específico que se sobreponga a la normativa de libre competencia, y que la actuación de los OAE se ciña estrictamente a lo dispuesto en la ley, la FNE entiende que tal actuación no sería objeto de reproche como ilícito anticompetitivo<sup>5</sup>.

De tal manera, para la Fiscalía Nacional Económica, no sería reprochable al Estado y sus organismos contravenir las normas de libre competencia cuando se cumplan los siguientes requisitos:

1. Las disposiciones se basen en un mandato legal.
2. Mandato expreso y específico.

<sup>5</sup> Fiscalía Nacional Económica, *Guía Sector...*, p. 5.

3. La actuación del organismo público se ciña a dicho mandato legal.

Con todo, resulta interesante observar que los criterios establecidos por la Fiscalía Nacional Económica siguen una lógica similar a la normativa española. En el derecho español podemos encontrarnos con tres supuestos en la regulación de la competencia para que la administración pública se encuentre involucrada en un proceso de libre competencia, que son plenamente coincidentes con la realidad chilena:

1° Una conducta “antitrust” (artículos 1, 2 y 3 LDC) que está permitida por la ley. (*Conducta exenta*).

2° Una conducta “antitrust” que no cuenta con amparo legal. (*Conducta sujeta a la autoridad de competencia*).

3° Una conducta contraria al principio de libre competencia (por ejemplo, falta de publicidad en una convocatoria pública) que no es subsumible en los artículos 1, 2 y 3 LDC. (*Conducta no sujeta a la autoridad de competencia*)<sup>6</sup>.

Al igual que en el caso chileno, las transgresiones a la normativa de derecho de la competencia por parte del Estado sólo pueden autorizarse mediante una ley que le otorgue una autorización especial excepcionándolo del cumplimiento de las normas generales en esta materia, siguiendo a Baño León:

“... las prohibiciones del artículo 1 LDC no se aplican o excepcionan cuando las conductas restrictivas de la competencia resultan directamente de la aplicación de una ley. Por el contrario, cabe la aplicación de las normas prohibitivas cuando las conductas derivan de normas reglamentarias, del ejercicio de potestades administrativas o son causadas por la actuación de los poderes públicos o empresas públicas sin amparo legal”<sup>7</sup>.

En el caso de las normas chilenas resultaría plenamente aplicable la interpretación antes indicada respecto de las conductas sujetas a las normas de defensa de la libre competencia. Pudiendo distinguirse claramente entre:

- 1) Conductas en que no resulta aplicable la normativa de libre competencia. Es decir, aquellos problemas que se susciten por el proceso de licitación mismo, o por el incumplimiento de otras normas aplicables a la creación de la empresa pública o del mercado en cuestionamiento.

<sup>6</sup> José María BAÑO LEÓN, *La aplicación del derecho “antitrust” a la administración pública*, p. 74.

<sup>7</sup> Ignacio PEREÑA PINEDO. *Manual de Derecho administrativo sancionador*, p. 1138.



- 2) Conductas que siendo contrarias a la libre competencia no se han autorizado por un mandato legal específico. De acuerdo a los planteamientos realizados con anterioridad, el despliegue de esta conducta se encontraría prohibido por el D.L. 211, y por tanto resultarían aplicables sus normas para la supresión de la conducta atentatoria contra la libre competencia.

Como lo indica la Fiscalía Nacional Económica:

“Por el contrario, en aquellos casos en que la actuación no está expresamente amparada por una ley, o en que el OAE actúa contrariando la normativa de libre competencia pese a que la ley sectorial otorga espacios para que su actuación se ajuste a dicha normativa, cabría cuestionar la legalidad de la actuación del OAE ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC)”<sup>8</sup>.

En este caso, la única vía posible para evitar la responsabilidad del Estado es que el organismo público afectado o el Consejo de Defensa del Estado, dependiendo del caso, deberá realizar la consulta respecto de la antijuridicidad del acto al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de tal manera, la institucionalidad podrá plantear medidas preventivas para mitigar cualquier efecto anticompetitivo que pudiera generarse como consecuencia del despliegue de la conducta.

- 3) Conductas que siendo contrarias a la libre competencia se encuentran autorizadas por un mandato legal específico.

Mediante el cumplimiento de las normas antes indicadas, la actuación del Estado y sus organismos en materia económica se ceñiría a las normas del artículo 19 N° 21 de nuestra Constitución Política. Dado que el ejercicio de la actividad empresarial, sea desarrollada directamente a través del Estado, sea que los particulares la ejerzan a través de un mercado autorizado o creado mediante un proceso de licitación por el mismo ente público, deberá ceñirse a las normas de Defensa de la Libre Competencia contenidas en el D.L. 211.

Resulta de suyo lógico seguir a Domingo Valdés Prieto y a Nicole Nehme cuando indican que:

“...el D.L. N°211 cumple tres funciones simultáneas en nuestro ordenamiento jurídico. En primer lugar, posee una finalidad tutelar de la libre competencia, concretando la garantía establecida en el artículo 19 N°21 de la CPR. En segundo término, limita aquellos comportamientos

<sup>8</sup> Fiscalía Nacional Económica, *Guía Sector ...*, p. 5.

que, en ejercicio de la libertad económica, se estiman como atentatorios contra la libre competencia. Y, finalmente, hace operativa la mencionada garantía constitucional, en cuanto establece una restricción de aquellas reconocidas por la CPR de las actividades económicas lícitas”<sup>9</sup>.

De acuerdo a la segunda fuente, es decir, a la jurisprudencia aplicable en la materia, se ha resuelto en reiteradas ocasiones por el TDLC que el Estado y sus organismos se encuentran dentro de su competencia, y que por lo tanto podrían ser investigados por la Fiscalía Nacional Económica o sancionados por el mismo TDLC en caso de contravenir la normativa del D.L. N° 211, cuando dictamina:

“Cuarto: Que, al respecto, se debe tener presente que, tal como ha señalado este Tribunal en diversas ocasiones anteriores, los artículos 3° y 18° N° 1 del Decreto Ley N° 211 atribuyen competencia a este Tribunal para conocer y resolver respecto de cualquier situación que pudiere constituir una infracción a la libre competencia, esto es, cualquier hecho, acto o convención que la impida, restrinja o entorpezca, o que tienda a producir dichos efectos, sin que se prevean excepciones o limitaciones a ella, derivadas de la calidad o naturaleza jurídica del sujeto que pudiera haber cometido tales infracciones”<sup>10</sup>.

Dicha posición se enfatiza cuando el mismo TDLC prescribe que la Administración y sus organismos se encuentran bajo la normativa de la defensa de la competencia y que resulta plenamente aplicable a ellos el D.L. N° 211, cuando establece:

“Sexto. Que en este orden de consideraciones, existe abundante jurisprudencia tanto de este Tribunal como de sus antecesoras –las Comisiones Preventivas y Resolutivas– y de la Excm. Corte Suprema, que ha señalado reiteradamente que las normas de libre competencia del D.L. N° 211 no contemplan ninguna excepción en cuanto a los sujetos a quienes se aplican y que, por lo tanto, también deben ser cumplidas por los órganos de la Administración del Estado, por cuanto es perfectamente posible que éstos, a través de sus actuaciones en el mercado, impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia, o tiendan a producir dichos efectos”<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> Nicole NEHME, *Aplicación de las normas de defensa de la competencia a los organismos de la administración del Estado*, p. 321.

<sup>10</sup> Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2012): C219-2011/ Considerando cuarto, párrafo primero.

<sup>11</sup> Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2013): C 242-2012/ Considerando sexto, párrafo primero.

Si bien es cierto que originalmente estas controversias suelen surgir de hechos que pudieran ser controvertidos ante diversas jurisdicciones, como puede suceder cuando un organismo de la administración del Estado vulnera la competencia a través de un proceso de licitación, en tal caso se podrá reclamar contra el proceso de licitación y paralelamente al TDLC sobre las vulneraciones a la competencia que le correspondan, por tanto, el TDLC ha resuelto estas alegaciones ordenando:

“Decimoquinto. Que la circunstancia de que un mismo hecho pueda ser perseguido simultáneamente ante distintas jurisdicciones con el objeto de hacer efectivas las respectivas responsabilidades legales, obedece a que cada una de ellas busca proteger distintos bienes jurídicos. De esta manera, por ejemplo, puede perseguirse simultáneamente la responsabilidad penal y civil del autor de un hecho que reviste los caracteres de delito ante tribunales diversos”<sup>12</sup>.

La Corte Suprema reafirma ambas posturas al indicar que las normas de defensa de la libre competencia son normas de orden público, y, por tanto, resultan plenamente aplicables al Estado y sus organismos. Asimismo, resuelve el problema de la multiplicidad de bienes jurídicos vulnerados al indicar que:

“Sexto... Las normas de protección de la libre competencia son de orden público y por ende aplicables a todas las personas, naturales o jurídicas, públicas o privadas, en cuanto éstas concurren al mercado, de manera que es el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia el llamado a resolver si ha tenido lugar alguna infracción; lo que por cierto es sin perjuicio de la particular competencia que otorga el artículo 24 de la Ley N° 19.886 al Tribunal de Contratación Pública para conocer de la acción de impugnación contra los actos ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación de los organismos públicos. A este último respecto no debe olvidarse que de un mismo acto pueden derivar consecuencias jurídicas de diversa naturaleza, y que el examen de legalidad ha de verificarse sólo por el órgano al que la ley ha conferido competencia en razón del tipo de la eventual trasgresión”<sup>13</sup>.

Asimismo, la jurisprudencia del TDLC ha adherido claramente a la tesis que el legislador puede, a través de un mandato expreso, eximir

<sup>12</sup> Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2013): C 242-2012/ Considerando decimoquinto, párrafo primero.

<sup>13</sup> Excelentísima Corte Suprema de Justicia de Chile (2009): Rol N° 7.796-2008, considerando sexto, párrafo primero.

del cumplimiento de la normativa de defensa de la libre competencia al Estado y sus organismos, al plantear:

“Quinto: Que en efecto, la expresión amplia “(e)l que...” que utiliza el legislador en el artículo 3° del Decreto Ley N° 211 para aludir al sujeto activo de una infracción a la libre competencia, revela que éste no requiere tener ninguna calidad especial, de manera que comprende a cualquier persona, sea natural o jurídica, pública o privada, con o sin fines de lucro, que concorra individual o colectivamente a un mercado. Por lo tanto, dado que las normas de libre competencia son de orden público, si se hubiese querido exceptuar de cumplir con ellas al Estado, o a alguno de sus organismos –o a un concesionario de obra pública como Somarco–, tal excepción habría debido establecerse por ley, lo que no ha sido el caso. Por el contrario, el Estado y sus organismos deben desarrollar cualquier función que le encomiende el ordenamiento jurídico y que implique su intervención en los mercados, observando las normas de defensa de la libre competencia, de cuya aplicación, como se dijo, ninguna norma los exime”<sup>14</sup>.

De tal manera, es posible colegir que en razón de la jurisprudencia del TDLC y de la Corte Suprema, el Decreto Ley N° 211 resulta plenamente aplicable para la Administración del Estado, pudiendo el legislador eximir de dicho cumplimiento a algún organismo, mediante un mandato legal expreso y específico, en el que se libere al Estado o a uno de sus organismos de la aplicación de la normativa en comento.

### *Planes de mitigación de las actuaciones del Estado y sus organismos en los mercados en los que se desenvuelven*

Aun con los cuidados anteriores, el Estado y sus organismos deben procurar examinar el impacto que sus actuaciones implican en los mercados en los que se desenvuelven, teniendo en consideración las potenciales consecuencias que la implementación de sus planes y políticas tendrán en el mercado relevante objeto de dicha política pública.

Este deber de cuidado con el que se ha gravado al Estado y sus organismos ha sido ordenado incluso por la Corte Suprema, la cual ha establecido en opinión de Nehme:

---

<sup>14</sup> Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2012): C219-2011/ Considerando Quinto, párrafo primero.

“...la protección de la libre competencia, al favorecer la existencia de mercados no concentrados y la promoción de la libertad de elección de los usuarios finales, son propósitos que deben tener presente, en la celebración de sus actos administrativos, todos los organismos del Estado que intervienen en materia económica”<sup>15</sup>.

La Fiscalía Nacional Económica, ha planteado en los mismos términos que este riesgo es aún mayor cuando el Estado y sus organismos se encuentran en ejercicio de sus potestades discrecionales, las que define en los términos siguientes:

“Un organismo del sector público (o un funcionario público en particular) emplea su POTESTAD DISCRECIONAL cuando tiene la libertad de hacer una elección entre posibles cursos de acción, tendientes a alcanzar el bien común, y circunscrito a las competencias y atribuciones legalmente definidas”<sup>16</sup>.

Entendiendo la herramienta de la discrecionalidad del Estado y sus organismos como una ventaja que les permite actuar con mayor libertad y eficiencia en el diseño e implementación de políticas públicas, es importante recalcar que existe un riesgo evidente de afectación de mercados a través del ejercicio de dicha potestad. Sobre todo teniendo en consideración que cada organismo público concentra su foco de acción en el radio de sus competencias sectoriales, las cuales suelen apartarse del estudio del mercado y la competencia en el mismo.

Por tanto, y en directa relación con las ideas anteriores, resultan trascendentales las recomendaciones que la Fiscalía Nacional Económica realiza en este sentido puntualizando la necesidad de identificar oportunamente:

“...los efectos y costos que las actuaciones o intervenciones de los organismos públicos tienen sobre la libre competencia en los mercados puede resultar indispensable a la hora de cautelar el bienestar de los consumidores, el ambiente competitivo y la sociedad en general, así como de evitar, en la medida de lo posible, los costos y riesgos asociados a un proceso judicial, derivados de efectos o costos no analizados ni considerados en su oportunidad”<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> Nicole NEHME, *Aplicación de las ...*, p. 325.

<sup>16</sup> Fiscalía Nacional Económica, *Guía Sector...*, p. 9.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 5.

### *Distorsiones a la libre competencia derivadas de la participación del Estado y sus organismos en la economía*

En principio, la participación del Estado y sus organismos, en opinión de las ciencias económicas, se encuentra plenamente justificada cuando existen fallas de mercado. Es más, el Estado se encuentra en la obligación de intervenir para corregir dichas fallas desde la perspectiva de un sistema de economía social de mercado.

De tal manera, la participación del Estado y sus organismos, si bien no genera por sí misma distorsiones contrarias a la libre competencia, mediante la adjudicación de contratos a particulares se busca la implementación de políticas públicas necesarias para la consecución del bien común. Pero, en razón de la importancia de la participación del Estado y sus organismos en un mercado determinado, su mera participación pudiera generar distorsiones que originen como consecuencia la afectación de la libre competencia.

En palabras del mismo TDLC, analizando la participación del Estado en la economía, se indica: *Noveno*. Que, tratándose de órganos del Estado, lo relevante para efectos de la legislación de defensa de la competencia es analizar si sus actuaciones como oferentes o demandantes de bienes y servicios o asignadores de derechos o recursos inciden o no en el resultado que debiera prevalecer en un mercado competitivo, pues lo que en definitiva se busca al cautelar el bien jurídico de la libre competencia es impedir que se produzcan conductas que la entorpezcan o eliminen, ocasionando así pérdidas de bienestar social o, en otras palabras, que afecten negativamente la eficiencia económica en el uso o asignación de recursos escasos (entre otras, sentencias N° 77/2008, consideración novena; N° 92/2009, consideración novena)<sup>18</sup>.

Otro problema se origina mediante la forma en la cual se concreta dicha política pública in concreto, dado que la creación de un mercado específico puede implicar la afectación a la competencia durante el proceso de licitación de dicho mercado. Lo anterior se gesta en aquellos casos en que la licitación implica la competencia por un determinado mercado creado dentro de la política pública, generando un monopolio en la enajenación de bienes o prestación de servicios por un plazo determinado, lo anterior ha sido descrito por el TDLC al expresar:

---

<sup>18</sup> Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2013): C 242-2012/ Considerando noveno, párrafo primero.

“Trigésimo noveno. Que así establecida la secuencia de hechos precedentes, corresponde a continuación determinar el mercado relevante en el que se desarrollaron los hechos, actos o convenciones que denuncia la demandante. A este respecto, las partes coinciden en que éste sería el de la Licitación, pues la demandante asevera que el caso *sublite* se trata de “[...] una competencia ‘por el mercado’, y no ‘en el mercado’, ya que, una vez adjudicado el contrato, la competencia deja de existir, puesto que la provisión de los bienes licitados se efectúa por una sola entidad durante todo el periodo que dure el respectivo contrato” y la demandada sostiene que comparte la definición de la demandante, entendiendo que la Licitación constituiría un mercado en sí mismo”<sup>19</sup>.

En estos casos, el análisis previo a desarrollar en el diseño de la política pública a través de los planes de mitigación toma una especial relevancia, dado que es en los procesos de licitación, en razón del rol que se le otorga al Estado y sus organismos como asignador de recursos en estas oportunidades.

En consecuencia, resulta evidente que de la participación del Estado a través de sus políticas públicas en los mercados surgen al menos dos problemas dignos de análisis, los cuales serán revisados en el presente artículo, en primer lugar la creación de mercados a través de procesos de licitación, y, en segundo lugar, la asignación de facilidades esenciales a particulares como parte de dicho proceso.

#### A) LA CREACIÓN DE MERCADOS A TRAVÉS DE PROCESOS DE LICITACIÓN

Mediante los procesos de licitación, la Administración del Estado logra suscribir contratos de provisión y de suministro que aseguran su acceso a determinados bienes y servicios que requiere en un período de tiempo determinado. De esta manera, logra asegurar tanto el acceso a aquellos insumos y servicios que requiere, como asimismo determina los precios a pagar por ellos por un tiempo determinado, utilizando economías a escala para negociar mejores costos con sus proveedores.

Con todo, la participación del Estado en dichos procesos conlleva riesgos reales a la competencia en los mercados en los que participa, dado que la importancia económica de los contratos suscritos con la Administración es de tal envergadura que altera a dichos mercados en su estructura desde el momento de la incorporación de la Administración del Estado a ellos.

<sup>19</sup> Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2013): C 242-2012/ Considerando trigésimo noveno, párrafo primero.

En palabras del TDLC, respecto de los procesos de licitación:

“cabe tener presente que las licitaciones o concursos destinados a asignar recursos económicos son especialmente aptas para crear mercados nuevos, eliminar o reemplazar los existentes, o afectar positiva o negativamente la competencia en unos u otros, dependiendo de las características y estructura de los mercados en que inciden, así como de las condiciones o requisitos de participación que se establezcan en las respectivas licitaciones o concursos”<sup>20</sup>.

De tal manera, y en razón de los puntos antes indicados, es de vital importancia el evitar la generación de distorsiones en los mercados a través de las licitaciones públicas, lo que obliga al Estado y sus organismos a cautelar con rigurosidad las potenciales consecuencias de sus actuaciones en los mercados que deciden participar en el diseño de sus políticas públicas, considerando la aplicación de planes de mitigación adecuados al impacto real que sufrirán los mercados en razón de su participación en éstos.

Para el TDLC resulta de suma importancia el mitigar la distorsión en los mercados generada por el Estado en la implementación de sus políticas públicas, de tal manera que se consigan sus fines sin afectar la competencia en las actividades sectoriales requeridas por medio de las licitaciones o concursos, lo que se desprende de su resolución en Naviera y otros contra el Fisco de Chile al indicar que:

“Cuadragésimo: Que al respecto, cabe tener presente que, tal como se ha señalado en oportunidades anteriores (Sentencia N° 105/2010), al implementar políticas públicas o perseguir objetivos de interés general o sectorial de diversa naturaleza, el Estado debe intentar producir la mínima distorsión posible en el funcionamiento competitivo de los mercados, por medio de acciones que sean proporcionales a los fines perseguidos. Por ende, la sujeción del Estado y sus organismos a las normas de defensa de la libre competencia se traduce en el deber de compatibilizar o armonizar los diversos fines de política pública de que se trate, con la protección de la libre competencia que habrá de respetar, a lo menos, en la elección y diseño de los mecanismos por medio de los cuales se proponga alcanzarlos”<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2012): C219-2011/ Considerando sexto, párrafo primero.

<sup>21</sup> Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2012): C219-2011/ Considerando cuadragésimo.



Así, la participación del Estado en los procesos de licitación debe tender a privilegiar el equilibrio en el mercado relevante, y es posible entender en opinión del TDLC que existe cuando:

“...el equilibrio que resulta de un proceso de licitación es competitivo en la medida que las bases de licitación se diseñen con los incentivos adecuados para: (i) generar competencia *expost*; (ii) minimizar la posibilidad de que exista colusión entre los oferentes, y (iii) evitar que se establezcan barreras a la entrada injustificadas; aspectos que dicen relación principalmente con el diseño de bases y con el comportamiento de los oferentes. Además, e igualmente relevante es el comportamiento *expost* –una vez definidas las bases de licitación– de quien licita y compra. En la medida que exista un compromiso creíble por parte del ente licitante que asegure que no se desviará de lo establecido en las bases de licitación, diseñadas por el mismo, se resguarda la competencia en el proceso de licitación. Ambos aspectos –buen diseño de bases y compromiso por parte del ente licitante– garantizan que se llegue al resultado competitivo y, por lo tanto, son susceptibles de control por este Tribunal”<sup>22</sup>.

En razón de la dificultad que significa para organismos públicos cuya especialidad no es la defensa de la libre competencia, resulta útil la aplicación de las recomendaciones planeadas por Nicole Nehme tras un exhaustivo estudio de la jurisprudencia aplicable a los procesos de licitación de los que surgen sus nueve recomendaciones o exigencias relativas a las bases de licitación o concursos públicos<sup>23</sup>:

- 1) No es procedente la incorporación de disposiciones en que los oferentes renuncien al derecho a reclamo o acción jurisdiccional.
- 2) No pueden incorporarse exigencias que resultan de distintos niveles de cumplimiento del criterio en discriminaciones a favor de determinados agentes económicos.
- 3) La evaluación de las ofertas no debe conferir amplia discrecionalidad al licitante, por aumentar la incertidumbre –y de esta manera el costo– del proceso.
- 4) Los criterios de evaluación deben contener una escala, confeccionada de acuerdo y no sólo un puntaje máximo.
- 5) El licitante está facultado para desestimar ofertas o declarar desierta la licitación, siempre que posteriormente la adjudicación del servicio se efectúe mediante una nueva licitación.

<sup>22</sup> Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2013): C 242-2012/ Considerando octavo del voto disidente de la Ministra Domper.

<sup>23</sup> Nicole NEHME, *Aplicación de ...*, pp. 340-342.

- 6) Las licitaciones basadas únicamente en ofertas monetarias cuando los bienes a licitar son limitados, favorecen a la empresa dominante, por lo que deben enmendarse.
- 7) Los bienes no deben ser asignados de modo indefinido, a menos que existan razones que lo justifiquen.
- 8) La exigencia de contar el proponente con determinados contratos vigentes es un requisito constitutivo de una barrera de entrada al mercado, por lo que debe enmendarse.
- 9) Los procesos licitatorios deben contemplar los plazos necesarios para posibilitar la entrega de ofertas serias por parte de los oferentes.

B) *LA ASIGNACIÓN DE FACILIDADES ESENCIALES A PARTICULARES  
COMO PARTE DE DICHO PROCESO*

Un segundo problema que se presenta en los procesos de licitación públicos es que como una forma de incentivar a los particulares a participar de dicho proceso, se les suele otorgar la exclusividad en el derecho de uso de infraestructura construida por el Estado, de tal manera que se les asigna una ventaja que distorsiona cualquier competencia posible, mediante la creación de lo que la doctrina denomina una “facilidad esencial”.

Según las jurisprudencias estadounidense y europea, se constituye una facilidad esencial cuando estamos en presencia de un bien económico escaso, imposible de duplicar y necesario para acceder a un concreto mercado<sup>24</sup>.

Con todo, la existencia de una facilidad esencial implica necesariamente un supuesto de hecho, que Calvo y Rodríguez describen señalando que:

“una o más empresas que poseen la infraestructura necesaria para entrar en un determinado mercado. Al tener la llave del acceso, tales empresas con posición dominante, más bien, monopolio en el mercado de la infraestructura, también la poseen en un mercado anexo donde se precisa la utilización de la misma”<sup>25</sup>.

Es necesario recalcar que para que un determinado bien se convierta en una facilidad esencial es necesario que no pueda ser replicado por el competidor afectado, como lo indica el TDLC al indicar:

<sup>24</sup> Alfonso-Luis CALVO CARAVACA; Juliana RODRÍGUEZ RODRIGO, *La doctrina de las infraestructuras esenciales en derecho antitrust europeo*, p. 31.

<sup>25</sup> *Ibíd.* p. 30.

“...Adicionalmente, es posible sostener que, en la actualidad, no se dan condiciones para que los demandantes dupliquen la infraestructura existente, puesto que deberían competir con un oferente que dispone gratuitamente de la infraestructura portuaria que se le entrega conforme al contrato (punto 1.6.1.1) y que, además, está subsidiado (como consta a fojas 1084)”<sup>26</sup>.

Asimismo, es importante destacar que en ocasiones la facilidad esencial se despliega mediante la participación de un agente de mercado en un servicio anexo dentro de la cadena productiva del servicio final que comercializa, y por tanto, generando la integración vertical de ambas actividades económicas, esta situación es descrita claramente por el TDLC en el caso de “Naviera y otros contra el Fisco de Chile” al señalar que:

“...la integración vertical de infraestructura portuaria con servicios de transporte marítimo, genera riesgos importantes para la libre competencia, pues produce incentivos a la empresa integrada verticalmente para excluir a sus competidores del mercado aguas abajo, sea discriminando en precios, en calidad o, derechamente, negando injustificadamente el acceso a estos últimos a la infraestructura portuaria esencial”<sup>27</sup>.

Con todo, si bien es cierto que la generación de integraciones verticales en los mercados implica riesgos evidentes, el TDLC manifiesta que en ciertos casos pudieran darse eficiencias que justificaran su incorporación en un mercado determinado, cuando expresa:

“Trigésimo octavo: Que, entonces, la integración vertical aparece en estos mercados como una solución que debe utilizarse excepcionalmente, cuando las deficiencias de los mismos sean tales que así lo ameriten, o cuando existan razones de eficiencia que las hagan necesarias”<sup>28</sup>.

De tal manera, no existen incentivos reales para que el agente dueño o poseedor de la infraestructura esencial comparta el acceso a ella con otros potenciales competidores del mercado en el que se desenvuelve, o al menos, que no lo haga en condiciones equitativas para su competencia. Así, es posible indicar que sea por vía de negociación directa entre las

<sup>26</sup> Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2012): C219-2011/ Considerando trigésimo sexto, párrafo primero.

<sup>27</sup> Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2012): C219-2011/ Considerando trigésimo quinto, párrafo primero

<sup>28</sup> Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2012): C219-2011/ Considerando trigésimo octavo.

partes o por orden judicial, aquella empresa que tiene a su disposición dicha facilidad esencial se ve en la obligación de compartir dicho recurso con sus empresas competidoras, y que en ambos casos dichas empresas competidoras deberán remunerar adecuadamente dicho acceso.

Esta relación contractual, sea voluntaria o forzada a través de la judicatura, implica necesariamente que un agente de mercado se encuentra en una posición que le permite incidir en la estructura de costos de sus competidores, otorgándole un poder cuyo abuso implicaría necesariamente la judicialización del conflicto, dado que resulta difícil de comprender que la determinación de los costos de un bien o servicio dependan directamente de un agente competidor que a la vez provee a la empresa analizada de una determinada facilidad esencial sin la cual no le es posible desarrollar su proceso productivo.

Dentro de la esencia del desarrollo de actividades empresariales, tradicionalmente se espera que los competidores rivalicen por obtener una presencia importante en los mercados en los que participan, la doctrina de las infraestructuras esenciales implica una de las excepciones a este principio,

“...los competidores no sólo pueden cooperar, sino que están obligados a ello. Si no lo hacen, las autoridades de competencia les impondrán fuertes sanciones. Por tanto, resulta no sólo necesario, sino absolutamente inaplazable precisar en qué supuestos y bajo qué condiciones deben cooperar”<sup>29</sup>.

Este concepto resulta difícil de comprender, dado que en la esencia de la competencia se encuentra la idea de que las empresas que son capaces de explotar sus ventajas competitivas tenderán a ser exitosas en el mercado en el que se desenvuelvan. Mediante la aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales se busca eliminar una asimetría entre las empresas competidoras, de tal manera que vuelvan a una situación de igualdad que les permita competir en razón de un mejor servicio o de la producción de un bien que se destaque ante los consumidores, en vez de preferir a una empresa por el simple hecho de que se convierte en el único proveedor de un bien o servicio dado que otros agentes económicos no tienen acceso a participar de un mercado determinado.

De tal manera, la aplicación de esta doctrina radica en la práctica en las manos de los Tribunales especiales de Libre Competencia, dado que siguiendo a Calvo y Rodríguez:

<sup>29</sup> Alfonso-Luis CALVO CARAVACA; Juliana RODRÍGUEZ RODRIGO, *La doctrina...*, p. 3.

“Sería trágico dejar que el acceso a las infraestructuras esenciales (ad ex. El acceso al buque local) dependiese exclusivamente de la voluntad de los operadores tradicionales: no existiría ningún incentivo que les obligara a contratar o a no retrasar la contratación con empresas rivales; mientras que, como consecuencia de su posición dominante en el mercado, pudieran imponer a sus clientes precios supracompetitivos”<sup>30</sup>.

En consecuencia, será en el mismo proceso de licitación, en el cual la Administración del Estado fije las bases para la competencia en el mercado mediante la creación de facilidades esenciales, incorporando la posibilidad de realizar cobros a terceros por el uso de dichos recursos necesarios para el desarrollo de la actividad económica objeto de la política pública. De tal manera, será necesario que el organismo público considere en la redacción de sus bases lo indicado por el TDLC en materia de fijación de remuneraciones por el uso de facilidades esenciales, al prescribir:

“Que, al respecto, cabe tener presente que cualquier tarifa que el concesionario verticalmente integrado cobre a sus competidores en el mercado aguas arriba y que le produzca alguna rentabilidad, produce efectos contrarios a la libre competencia en el mercado aguas abajo, *porque genera desventajas de costo artificiales para los competidores en dicho mercado*. En el extremo, si el nivel de la tarifa por el insumo esencial es tal que hace que para los competidores no sea rentable ofrecer el servicio de transporte, la licitación implementada produce efectos exclusorios y cierra el mercado a actores distintos del concesionario verticalmente integrado”<sup>31</sup>.

De tal manera, la Administración del Estado deberá asegurar el acceso a dichos bienes a las empresas aguas abajo, como forma de garantizar la equidad y el acceso al mercado por nuevos agentes que pudieran prestar un mejor servicio a los usuarios, logrando la consecución de la política pública incluso fuera del marco de la licitación. En caso contrario, podría generarse el absurdo de que los consumidores quedaran capturados con un proveedor deficiente de un determinado bien o servicio, por el otorgamiento de una facilidad esencial por parte del Estado a dicho proveedor negligente.

<sup>30</sup> *Ibíd.* p. 42.

<sup>31</sup> Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2012): C219-2011/ Considerando cuadragésimo sexto, párrafo primero.

*Sanción a particulares que han actuado en razón  
de un acto del Estado en forma contraria a la libre competencia*

Con todo, al establecer que el Estado y sus organismos, pueden contravenir la libre competencia en la implementación de sus planes y programas, es posible colegir que cualquier particular que haya desplegado acciones en el sentido indicado por el Estado, también participaría en calidad de participante –a lo menos– de una conducta ilícita. Y, por tanto, sancionable ante el derecho chileno.

Esta situación resulta de suyo compleja, dado que el particular aun cuando actúa amparado en una actuación del Estado o de organismos que forman parte de él, al haber participado en un acto contrario a la libre competencia se encuentra en incumplimiento del D.L. 211, y, por lo mismo, correspondería en principio aplicar una sanción en su calidad de cómplice de dicha inobservancia.

De tal manera, esta visión de la norma encamina a la aplicación de una interpretación absurda, dado que el particular que actúa amparado en un acto del Estado o de sus organismos actuando de buena fe, al menos procede desde una “apariencia de legalidad”, que resta parte del gravamen ocasionado por la antijuridicidad de su conducta.

Dicha conducta ilegal, basada en un acto de autoridad puede tener variados orígenes, desde un reglamento que contraría la legislación contenida en el D.L. N° 211 o las bases de una licitación que incumplen dicha normativa. Con todo, respecto de los particulares a los que se pudiera afectar por medio de la persecución de la conducta antijurídica, como indica Rebollo Puig citado por Baño León:

“...la empresa que actúa al amparo de un reglamento, aunque sea ilegal, no puede ser sancionada “porque no cabe sanción a quien, mientras no se demuestre lo contrario, actúa conforme a Derecho; pero –añade– tampoco cabrá dictar órdenes de cesación o de remoción de los efectos, porque eso también choca frontalmente con la presunción de legalidad, pues no se puede obligar a cesar en una conducta que, en principio, es lícita”<sup>32</sup>.

En el Derecho español, este problema se salva desde una perspectiva constitucional, dado que siguiendo a Baño León:

“...cuando garantiza el principio de seguridad jurídica los derechos fundamentales de los particulares, esencialmente la tutela judicial efectiva y

<sup>32</sup> José María BAÑO LEÓN, *La aplicación ...*, op. cit. , p. 65.

el principio de legalidad del Derecho Administrativo Sancionador. Se ha dicho muchas veces que un particular no puede ser sancionado por una conducta que viene siendo reconocida como lícita por una disposición o un acto administrativo”<sup>33</sup>.

En el caso chileno, resulta necesario seguir la misma lógica, al entender que la declaración de ilicitud de una conducta por ser contraria a la libre competencia, declarada que sea por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, si bien implica un reconocimiento del carácter antijurídico de la conducta, no pueden afectar derechos adjudicados a los particulares de buena fe, como por ejemplo, mediante la revocación de adjudicaciones de licitaciones públicas.

Cualquier reparación que se dictamine por parte de los Tribunales deberá hacerse en sede civil, una vez obtenida la sentencia a firme que declare al acto contrario a la libre competencia, dado que el ámbito de competencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es claro, sus análisis sólo pueden referirse a temas de competencia, y no podrán ni siquiera tratar en sus sentencias puntos referidos al ámbito sectorial en el que se desenvuelven los organismos públicos investigados<sup>34</sup>.

De tal manera, al igual que en el caso español, será el TDLC quien determine si es que una conducta cabe o no dentro de una exención legal que se haya otorgado por el legislador a las normas de libre competencia. Y siguiendo a Baño León, en aquellos casos en que:

“El reglamento o el acto administrativo justificativos de la conducta de la empresa si cuenta con amparo legal, no podrán dar lugar a la sanción de esas conductas, porque concurre una causa de justificación de la antijuridicidad. Si el reglamento o el acto carecen de amparo legal, pero justifican la conducta, tampoco podrán dar lugar a la imposición de sanciones, porque no concurriría el elemento de la culpabilidad, si se ha actuado de buena fe confiando en la legalidad de la actuación. Estaríamos ante un error de prohibición”<sup>35</sup>.

### *¿Confianza legítima o confianza lúcida?*

Respecto de la potencial sanción que pudiera aplicarse a los particulares, cuando a propósito de un error en un reglamento o convocatoria a licita-

<sup>33</sup> Ibid. p. 66.

<sup>34</sup> Nicole NEHME, *Aplicación de ...*, p. 329.

<sup>35</sup> José María BAÑO LEÓN, *La aplicación ...*, p. 66.

ción se indujera a privados a contravenir las normas de defensa de la competencia, es necesario dilucidar un problema previo. ¿Basta la confianza legítima del particular como estándar para eximirlo de responsabilidad por este incumplimiento de la normativa de la competencia?

En principio, para parte de la doctrina internacional, se entiende que al actuar al amparo de un acto administrativo previo que avale una determinada conducta enmarcaría dicho incumplimiento en el principio de la confianza legítima, y por tanto, correspondería a un acto inimputable en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora del Estado.

De tal manera, no podría ser sancionado un particular o empresa que, actuando de acuerdo a lo ordenado por el Estado, contraviniera otra norma del ordenamiento jurídico igualmente aplicable al caso concreto. De acuerdo a Costas, el principio de la confianza legítima implica la aplicación del principio de la buena fe, y el de la seguridad jurídica, al expresar:

“...el principio de protección de la confianza legítima del ciudadano (particular o empresa) en la legalidad de la actuación de los poderes públicos está íntimamente conectado con el principio general de la buena fe (en las relaciones entre los poderes públicos y los particulares) y, particularmente, está entroncado con el principio de la seguridad jurídica que informa todo el ordenamiento jurídico”<sup>36</sup>.

Con todo, la visión planteada por Costas dificulta el proceso de la prueba para el agente sancionador, dado que la mala fe deberá ser probada por el ente que la alega, y el principio de la seguridad jurídica debiera ser aplicado sin duda ante un reglamento o bases de licitación que hubieren cumplido con las normas básicas de procedimiento y publicidad para su creación.

En opinión de Costas, la extensión de esta eximición de responsabilidad es amplia, al indicar:

“Siendo, pues, que la conducta restrictiva resultante de la aplicación de una Ley es lícita, el autor no puede ser sancionado por la autoridad de competencia, ni la conducta restrictiva será causa o fundamento de un daño resarcible a través del ejercicio de una acción de responsabilidad civil”<sup>37</sup>.

Así mismo, la interpretación de la confianza legítima nos genera un problema respecto de la presunción de conocimiento de la ley planteada

<sup>36</sup> Julio COSTAS COMESAÑA, *La confianza ...*, p. 105.

<sup>37</sup> *Ibíd.* p. 110.



por nuestro Código Civil, dado que al reconocer que jurídicamente por razones de seguridad el particular quedaría eximido del cumplimiento de la normativa de libre competencia, dado que el ilícito tendría su origen en una actuación del Estado, implica reconocer que el particular, incluso a sabiendas del error cometido por el regulador, se beneficie de una inmunidad inmerecida en razón de un problema de prueba ocasionado por el concepto de buena fe.

Si bien es cierto, resulta razonable pensar que los particulares asuman la licitud de las conductas desplegadas por el Estado y sus organismos, no es menos cierto, que no podría serlo, cuando el error resulte evidente, dado que la ley se presume conocida por todos y no podría el particular alegar ignorancia o error en su comprensión.

“De tal forma que si la empresa conocía la ilegalidad de su conducta restrictiva y la falta de competencia de la Administración sectorial para autorizarla o ampararla (o su desconocimiento es consecuencia de un comportamiento negligente), no podrá alegar ante la autoridad de competencia la existencia de confianza o creencia en la legalidad de la actuación administrativa que ampara su comportamiento anticompetitivo”<sup>38</sup>.

De tal manera el concepto de confianza legítima no implica confianza ciega por parte de los ciudadanos en los actos del Estado, pero la dificultad de la prueba de la mala fe de particulares o empresas, en la práctica implica la exigencia de un estándar de tales características.

En consecuencia, la confianza que ampara el derecho excede la comprensión de confianza legítima, que permite el aprovechamiento de errores del Estado y sus organismos para eximir de responsabilidad a particulares que se encuentran en la obligación de conocer y respetar la norma vigente.

Los particulares y empresas participantes en mercados regulados o creados por el Estado a través de procesos de licitación implican la participación de dichos agentes de mercado en un contexto de confianza lúcida, término acuñado por el profesor José Murillo, quien propone un esquema más exigente, en mi visión plenamente aplicable a los particulares en el caso en comento, al indicar que:

“La confianza lúcida es la confianza que se compromete con ella misma, porque sabe que no puede constituirse como un lugar de certezas absolutas ni como un valor que se gana de una vez y para siempre. Es más bien un desafío constante que requiere del coraje necesario para volver

<sup>38</sup> *Ibíd.* p. 125.

siempre a construir y reconstruir las condiciones de la confianza misma. Esto porque la confianza no es una conclusión racional, sin un vínculo afectivo dinámico que sabe y siente, se sabe y se siente desde ella misma”<sup>39</sup>.

De tal manera, los particulares no pueden basarse en que un acto surge desde el Estado mismo para entender, desde una candidez poco argumentada, que el acto en sí mismo no sólo es lícito, sino que es válido, sin realizar ninguna revisión posterior en que se contraste la norma aplicable con el sistema jurídico vigente. Como si se tratara de una verdad revelada más que de una norma jurídica.

### *Requisitos para que una actuación del Estado exima de responsabilidad al privado involucrado*

Si bien es cierto que el particular involucrado en un acto lesivo a la libre competencia en los términos analizados en el presente artículo despliega dicha conducta tras un acto previo del Estado o sus organismos, que en su gestación se ha diseñado con un error, dicha circunstancia no es suficiente para que se exima de toda responsabilidad al particular involucrado en el acto discutido.

Como ya se indicó con anterioridad, para parte de la doctrina se aplica el principio de la confianza legítima del ciudadano respecto de los actos de la autoridad. Asimismo, resulta razonable plantear que dicho estándar es insuficiente dado que un acto administrativo errado en su diseño no puede liberar a un particular del cumplimiento de una norma legal reconocida, y por tanto resulta necesario que el particular actúe dentro del concepto de confianza lúcida, es decir, no amparado en una fe ciega al Estado, sino que actuando con la absoluta convicción de estar obrando conforme a derecho.

De acuerdo a la doctrina española, se exige que la Administración haya tomado parte activa en el acto contrario a la libre competencia como un requisito previo para eximir a los particulares de sanción a este respecto,

“...el TDC parece exigir que la actuación de la Administración haya consistido en “sugerir, provocar o inducir” a la empresa a adoptar comportamientos restrictivos prohibidos. En definitiva, la iniciativa anticompetitiva debe haber partido de la administración y no de las empresas. Una exigencia lógica, pues si la iniciativa parte de la empresa no concurrirá

<sup>39</sup> José Andrés MURILLO, *Confianza Lúcida*, p. 50.

entonces en ésta la buena o legítima confianza en la corrección *antitrust* de la actuación administrativa<sup>40</sup>.

Para el autor Julio Costas deben darse tres requisitos para que se exima de responsabilidad a los particulares<sup>41</sup>:

- 1) Que la Administración sugiera o provoque la conducta, no siendo suficiente la inactividad del ente estatal.
- 2) La actuación no puede darse en el marco de una mediación realizada por el Estado o sus organismos para subsanar un conflicto entre particulares. Dado que en este caso no sería el ente estatal el generador del conflicto, sino que un mero coadyuvante en la solución.
- 3) La conducta de la Administración debe ser causa directa del acto contrario a la libre competencia.
- 4) No debe tratarse de un acuerdo restrictivo entre privados que se haya amparado en un acto administrativo posterior.

En la misma línea, sería necesario agregar un quinto elemento de carácter subjetivo, el particular debiera actuar con la confianza lúcida de que el acto administrativo se ajusta a derecho, y por lo tanto, al actuar dentro del marco jurídico planteado por la Administración en sus bases de licitación todos sus actos se encuentran amparados por el derecho. Por el contrario, aquellos agentes económicos que dudando de la legalidad del acto participaran de él bajo la concepción de encontrarse amparados por el Estado, debieran de recibir una sanción ponderada por el TDLC en razón de sus facultades.

### Conclusión

Así, queda manifiesto que el Estado y sus organismos pueden ser sujetos pasivos en una demanda ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, tanto en cuanto afecten, real o potencialmente, algún mercado relevante mediante la implementación de políticas públicas en la esfera de su competencia.

Con todo, de acuerdo a lo determinado por la Excelentísima Corte Suprema, si es que la herramienta de afectación corresponde a un procedimiento administrativo que cuente con un proceso propio de impugnación, la sentencia del Tribunal de Defensa chileno deberá limitarse a fallar

<sup>40</sup> Julio COSTAS COMESAÑA, *La confianza ...*, p. 128.

<sup>41</sup> *Ibíd.* p. 128.

aquellos aspectos directamente relacionados con la libre competencia. Correspondiendo a la jurisdicción administrativa cualquier reclamación en razón con aspectos relativos a la licitación misma.

Aquellos particulares que hayan participado en la conducta anti-jurídica podrán ser sancionados mediante la aplicación de las normas de defensa de la libre competencia, a menos que la conducta haya sido inducida por el Estado y que el particular haya actuado conforme a ella desde la confianza lúcida de estar obrando de acuerdo a derecho, no siendo suficiente el cumplir con el principio de la confianza legítima en los actos de la Administración del Estado, dado que los agentes económicos cuentan con el conocimiento (o al menos la obligación de conocimiento) de la normativa como para determinar de manera clara y contundente cuándo el Estado o sus organismos exceden sus atribuciones, o simplemente cometen un error, no pudiendo basarse en el principio de la confianza legítima para aprovecharse de dicha circunstancia.

### Bibliografía

- BAÑO LEÓN, José María; “La aplicación del derecho “antitrust” a la administración pública”; en *Derecho de la competencia y la regulación en la actividad de las administraciones públicas*, Primera edición, 2011, Pamplona, editorial Thomson and Reuters, 61-86.
- CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; RODRÍGUEZ RODRIGO, Juliana; *La doctrina de las infraestructuras esenciales en derecho antitrust europeo*. Editorial La Ley. Madrid. 2012.
- CASE, Karl & FAIR, Ray; *Principios de macroeconomía*, 2ª ed. Editorial Pearson, México. 2008.
- CEA EGAÑA, José Luis; *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo II, Ediciones Universidad Católica, 2004.
- CHOI, Stephen; PRITCHARD, A.C.; *Securities regulation: cases and analysis*, 2ª ed., Estados Unidos, Foundation Press, 2008.
- COLOMA, Germán; *Defensa de la competencia: análisis económico comparado*; Editorial Ciudad Argentina, 2003.
- CONTRERAS BLANCO, Oscar, *La Competencia Desleal y el Deber de Corrección en la Ley Chilena*, Editorial Universidad Católica, Santiago, 2012.
- COSTAS COMESAÑA, Julio; “La confianza legítima en la actuación de las administraciones públicas como límite al derecho de defensa de la competencia”; en *Derecho de la competencia y la regulación en la actividad de las administraciones públicas*, editorial Thomson and Reuters, Primera edición, 2011, Pamplona, España, 105-134.

- DARNACULLETA I GARDELLA, M. Mercè; *La competencia desleal*. Breviarios jurídicos, Madrid, Editorial Iustel, 2007.
- FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA; Guía “Sector Público y Libre Competencia: Evaluando sus actuaciones desde la perspectiva de la competencia”, junio 2012.
- LARROULET, Cristián; MOCHÓN, Francisco; *Economía*, Segunda edición, McGraw- Hill, Santiago, 2003.
- MURILLO, José Andrés; *Confianza Lúcida*. Santiago, Chile, Uqbar Editores. 2012.
- NEHME, Nicole: “Aplicación de las normas de defensa de la competencia a los organismos de la administración del Estado”; en *La Libre competencia en el Chile del Bicentenario*. Ediciones Universidad Católica – Thomson Reuters, Chile, 2011. Páginas 317-374.
- PEREÑA PINEDO, Ignacio. Coordinador. Abogacía General del Estado, Dirección del Servicio Jurídico del Estado. *Manual de Derecho Administrativo Sancionador*, Navarra, Editorial Aranzadi S.A., 2005.
- SIGNES DE MESA, Juan Ignacio; *Derecho de la competencia*, España, Editorial Thomson and Reuters, 2013.
- NUÑEZ OSORIO, Maritza Iliana; *El abuso anticompetitivo en precios: rebajas y precios predatorios*. España, Editorial La Ley, 2012.

## CORPORACIONES EXTRANJERAS CONTROLADAS

### CONTROLLED FOREIGN CORPORATIONS

*Matías Cristóbal Pascuali Tello\**

#### *Resumen*

Este artículo tiene por finalidad el analizar a nivel nacional e internacional la institución de las CFC y su regulación, además se revisa que ha pasado a lo largo de la historia en lo relativo a su relación con la red de tratados internacionales de doble tributación, luego se hace un análisis de la nueva normativa chilena que regula esta institución y termina revisando la eventual posibilidad que esta normativa pudiese ser impugnada por presentar posibles vicios de inconstitucionalidad.

Palabras claves: CFC, elusión tributaria, tributación internacional.

#### *Abstract*

This article aims to analyze at a national and at an international level the institution of the CFC and its regulation also revising what has happened throughout history regarding its relationship with the international network of double taxation treaties, then there is an analysis of the new Chilean regulations regarding this figure and ends reviewing the eventual possibility that this legislation could be challenged because of possible elements of unconstitutionality.

Keywords: CFC, tax avoidance, international taxation, deferral.

#### *Introducción*

La mayoría de las grandes economías mundiales tienen legislación o normas antielusión destinadas a prevenir las pérdidas de recaudación

---

\* Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Magister International Trade and Commercial Law en Oxford Brookes University; Magister Tax en King's College, University of London. Artículo recibido el 28 de enero de 2015 y aceptado el 1 de marzo de 2015. Correo electrónico [matias.pascuali@gmail.com](mailto:matias.pascuali@gmail.com)

tributaria producto del hecho que sus residentes no repatrien sus ingresos obtenidos en el extranjero, especialmente relacionados con ingresos por inversiones pasivas o inversiones de cartera.

En la mayoría de los sistemas tributarios a nivel mundial el ingreso o renta de fuente extranjera sólo tributa cuando esta renta es remitida al país de residencia del contribuyente.

En el caso de empresas transnacionales, por regla general, la normativa antielusión que les es aplicable se enfoca, en gran medida, al caso del establecimiento de empresas subsidiarias en paraísos fiscales. A este tipo de legislación se le denomina *anti haven legislation*, esta normativa busca evitar el diferimiento e incluso la elusión de impuestos en el país de residencia de la empresa matriz. Esta normativa actúa considerando la renta y utilidades de la subsidiaria domiciliada en el paraíso tributario como rentas de la matriz, a estas normas se les conoce como “CFC”, concepto que puede traducirse como normas de empresas extranjeras controladas.

Sin embargo esta normativa ha sido fuente de gran discusión, ya que ha sido afirmado por muchos que estas normas atentan contra los tratados internacionales de doble tributación existentes (basados en los modelos OCDE y ONU), a pesar de que la OCDE en principio ha aceptado estas normas en distintas legislaciones ha habido fallos en uno y otro sentido.

El año 2014 en Chile se dictó una reforma tributaria de grandes proporciones y que incluye el establecimiento de normas CFC, este trabajo pretende en primer lugar explicar en qué consiste esta figura, cuál ha sido su desarrollo en otras legislaciones, luego hacer un análisis de la legalidad o compatibilidad de estas normas con la red de tratados internacionales de doble tributación revisando los fallos que se han dictado en uno y otro sentido para finalizar con un análisis de la normativa chilena, para concluir preguntándonos sobre la posibilidad que la forma en que la Ley de la Renta estableció esta regulación pueda atentar contra los principios establecidos en la red de Tratados Internacionales de Doble Tributación Suscritos por Chile e incluso la eventual posibilidad que estas normas pudiesen llegar a ser inconstitucionales.

### 1) ¿De qué hablamos cuando nos referimos a CFC?

Las rentas que se obtienen desde el extranjero, por regla general, tributan una vez que éstas son percibidas, es decir, una vez que el contribuyente las recibe y las ingresa al país donde es residente, y son tributables en virtud del principio de la renta mundial, este principio establece que un contribuyente tributará en el país que es residente por todas sus rentas,

independientemente donde éstas tengan su fuente. Este principio lo aplican la vasta mayoría de los países para sus residentes.

En virtud de la regla de que las rentas que tienen su fuente en el extranjero sólo tributan una vez que éstas han sido percibidas, es posible diferir el pago del impuesto por dichas rentas manteniéndolas en el extranjero por medio del establecimiento de empresas subsidiarias domiciliadas en otras jurisdicciones (preferiblemente de nula o baja tributación) que actúan como intermediarias manteniendo dichas rentas en dichas subsidiarias.

Para evitar este mecanismo de elusión muchos países han dictado normas específicas que intentan atacar este mecanismo, estas normas son conocidas a nivel comparado como normas CFC, que vienen de la denominación en inglés *Controlled Foreign Corporations* (compañías controladas en el extranjero).

Ahora si queremos conceptualizar la figura diremos que es bastante difícil de definir, sin embargo, básicamente una CFC es una compañía residente en el extranjero controlada por intereses domésticos<sup>1</sup>.

## 2) Regulación de las *Controlled Foreign Corporations* (CFC)

Históricamente, el primer país en regular las compañías controladas en el extranjero y establecer la tributación de rentas pasivas de subsidiarias en el extranjero fue Estados Unidos, el año 1967 mediante la dictación de la Subpart F del Revenue Code, luego la gran mayoría de las grandes economías mundiales han establecido reglas CFC, a inicios de 2015 33<sup>2</sup> países tenían en vigor reglas CFC, además otros han dictado reglas que aún no entran en vigencia<sup>3</sup> o las están discutiendo<sup>4</sup>.

Por regla general y a nivel comparado, en las legislaciones que cuentan con normas CFC, el propósito de estas normas es hacer tributar a una empresa matriz por las rentas pasivas generadas por una subsidiaria domiciliada, por regla general, en un paraíso tributario (empresa controlada o

<sup>1</sup> *Cahiers du Droit Fiscal* 2013, General Report, p. 29

<sup>2</sup> Alemania, Argentina, Australia, Brasil, Canadá, China, Corea del Sur, Dinamarca, Egipto, España, Estados Unidos, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Indonesia, Italia, Islandia, Israel, Japón, Lituania, Méjico, Nueva Zelandia, Noruega, Perú, Portugal, Reino Unido, Sudáfrica, Suecia, Turquía, Uruguay y Venezuela.

<sup>3</sup> Por ejemplo Chile.

<sup>4</sup> Por ejemplo Taiwán, India o Rusia.



CFC), es decir, esta regulación busca evitar el diferimiento internacional de las rentas, haciendo tributar directamente a la matriz, proporcionalmente, por rentas de la subsidiaria, aunque estas rentas no hayan sido retiradas.

Otro elemento distintivo es que la gran mayoría de las legislaciones aplican las normas CFC a las rentas pasivas, estas rentas son aquéllas que no proceden de una operación o industria activa, y son típicamente las rentas provenientes de intereses, dividendos o royalties.

Como vemos las normas CFC son normas especiales antielusión destinadas a evitar el diferimiento de rentas de fuente extranjera, mediante el establecimiento de subsidiarias controladas ubicadas por regla general en paraísos tributarios o en cualquier otra jurisdicción.

Por lo dicho anteriormente, los elementos a nivel comparado para ver si estamos ante una compañía subsidiaria controlada en el extranjero y por lo tanto que sean aplicables las regulaciones CFC son<sup>5</sup>:

- a) Control o el nivel de propiedad. La mayoría de las jurisdicciones exigen que la matriz o contribuyente residente tenga un control de sobre un 50 % de la compañía en el extranjero para calificarla como una empresa controlada, sin embargo hay excepciones, algunas jurisdicciones exigen un control en los hechos o incluso un interés substancial (es decir, participación en la empresa extranjera de al menos un 50 % o incluso algunos países consideran controladas las empresas en el extranjero en que se tiene menos de un 50 % y en que al menos un residente tenga por ejemplo al menos el 40 %), veremos más adelante que Chile ha tomado una forma amplia de determinación de control en base a presunciones, y elementos diferentes, como la capacidad de designar directores o modificar estatutos.
- b) Naturaleza jurídica de la CFC. La empresa subsidiaria ubicada en el extranjero, por regla general, debe ser una corporación, y por corporación entendemos una entidad con personalidad jurídica creada según la legislación en la cual es residente, salvo excepciones, las reglas CFC no consideran trusts o establecimientos permanentes en el extranjero, en este caso Chile ha optado por una concepción amplia incluyendo en su regulación cualquier “entidad” domiciliada en el extranjero.

---

<sup>5</sup> Estos elementos pueden variar en las distintas legislaciones que regulan las CFC, sin embargo acá presentamos los elementos que generalmente incorporan estas regulaciones a nivel comparado, más adelante veremos algunos ejemplos específicos de legislaciones que regulan este tema.

- c) ¿Qué rentas de la CFC caen dentro de las regulaciones CFC? A nivel comparado existen 2 formas de determinar las rentas que caerán dentro de la regulación<sup>6</sup>:
- el enfoque transaccional, en virtud del cual sólo las operaciones que generen rentas pasivas realizadas por la empresa extranjera controlada serán objeto de tributación en el país de residencia de la matriz, independiente del país en que se generen.
  - el enfoque jurisdiccional o de la locación, en éste caso será objeto de las reglas CFC toda renta proveniente de una subsidiaria que esté domiciliada en una paraíso tributario o jurisdicción de baja tributación, esto usualmente se hace mediante el establecimiento de “listas negras” de jurisdicciones de baja tributación, o mediante el establecimiento de límites mínimos de tasas de tributación<sup>7</sup>.

Como veremos, Chile ha optado por una posición que puede considerarse “dura”, ya que ha optado por considerar ambos criterios, ya que considera las rentas pasivas de la subsidiaria, en el caso que la subsidiaria esté en el extranjero, adoptando el enfoque transaccional. Sin embargo, si la subsidiaria está en un país de baja o nula tributación, adopta el enfoque jurisdiccional y grava cualquier tipo de rentas de la subsidiaria. El único otro país que ha considerado dicha forma de determinación de rentas afectas a reglas CFC es Brasil.

### 3) Casos de países que han establecido regulaciones CFC

A modo de ejemplo veremos cómo han regulado algunos países sus normas antidiferimiento internacional respecto a CFC:

#### ESTADOS UNIDOS

La regulación de las CFC en los Estados Unidos (Subpart F) se encuentra en las secciones 951 a 965 de la ley tributaria del *US Internal Revenue Code*.

Subpart F limita el diferimiento proveniente de ciertos tipos de renta obtenidos por CFCs. Los contribuyentes estadounidenses deben incluir en su renta bruta la parte proporcional de la CFC por su renta anual.

<sup>6</sup> Angharad MILLER y Lynne OATS, *Principles of International Taxation*, p. 357.

<sup>7</sup> Reuven AVI-YONAH, *Global Perspectives in Income Taxation Law*, p. 161.

Subpart F se aplica, por regla general, a compañías extranjeras que sean CFC, es decir, que sean compañías extranjeras controladas. Una CFC para el derecho norteamericano es una compañía extranjera, con accionistas estadounidenses que individualmente tengan directa o indirectamente al menos un 10 % de acciones con derecho a voto de la compañía extranjera, y que en conjunto tengan más del 50 % del derecho a voto o propiedad de las acciones de la empresa extranjera. Estos requisitos se reducen en casos especiales, por ejemplo en caso de compañías de seguros.

La subpart F se aplica a CFCs ubicadas en cualquier jurisdicción. Sin embargo, existen reglas más duras en caso de algunos países denominados *sanctioned countries* (países sancionados).

En cuanto a qué rentas se le aplica la Subpart F, Estados Unidos utiliza una mezcla entre el enfoque transaccional y jurisdiccional haciendo objeto de esta regulación en general a las rentas pasivas, como por ejemplo dividendos, intereses, royalties. Además incluye las rentas provenientes de ciertos tipos de seguros, pero tienen un sustento más político que tributario, como las rentas además rentas provenientes de ciertos países y otras rentas que tienen una naturaleza más política que tributaria como pagos ilegales hechos a un gobierno extranjero.

Como contrapartida existen ciertos beneficios o exenciones destinados a que las rentas atribuidas al contribuyente en Estados Unidos luego al ser efectivamente distribuidas por la empresa extranjera no paguen nuevamente impuesto y sean excluidas de la renta bruta del accionista norteamericano.

### REINO UNIDO

La legislación para hacer tributar las rentas de una compañía controlada en el extranjero se introdujo por primera vez en el Reino Unido en 1984, sin embargo recientemente dicha normativa ha sido objeto de cambios sustanciales<sup>8</sup>.

Esta normativa es aplicable, en términos generales, si la empresa controlada es residente en el extranjero y es controlada desde el Reino Unido, se entiende que una compañía es controlada desde el Reino Unido cuando sus accionistas son capaces de asegurar que los negocios de la compañía son conducidos de acuerdo a los deseos de un residente en el Reino Unido. Esta forma de determinar el control es mucho más amplia, y permite cierta discrecionalidad al momento de determinar la aplicación de esta normativa.

<sup>8</sup> La normativa CFC del Reino Unido se encuentra en la Parte 9A de la *Taxation (International and other Provisions) Act 2010 (TIOPA)*

¿Qué rentas deben declararse en el Reino Unido? Los legisladores en este caso han elegido someter a este régimen todas las rentas proveniente de empresas controlada domiciliadas en el extranjero y establecer una larga serie de excepciones, que hace que ciertas rentas (sino la mayoría) no deban declararse, sin embargo por regla general deben declararse y por lo tanto pagan impuesto en el Reino Unido. Estas excepciones son bastante amplias, por ejemplo, no deben declararse las rentas provenientes de ingresos comerciales, lo que se interpreta como que sólo se aplican a rentas pasivas, sin embargo si dichas rentas pasivas se prueba que son parte de los ingresos de una operación comercial, no deben declararse, también se excluyen las rentas de la empresa controlada en el extranjero cuando se acredita que si bien existe control, quienes administran la compañía en el extranjero lo hacen en forma independiente.

Esta forma de determinar las rentas sujetas a declaración da mayor flexibilidad al momento de emprender una aventura comercial en el extranjero y podría considerarse que es más beneficiosa para el contribuyente, sin embargo da mayor poder a la autoridad, la cual si establece un caso, acreditando fehacientemente la intención de diferir o eludir impuestos, le será más fácil poder dirigirse contra su contribuyente para poder reclamar el pago del impuesto correspondiente.

#### *4) Discusión sobre la procedencia de las normas CFC a nivel comparado e internacional*

Mucho se ha discutido a nivel comparado o en los foros internacionales acerca de la legalidad de las reglas CFC, por legalidad en este caso entendemos la concordancia de la figura de las CFC con el ordenamiento tributario internacional y con la red de tratados existentes, además también se ha discutido, ya al interior de los distintos países que las adoptan, la constitucionalidad de dichas normas.

A nivel internacional la discusión se ha dado a nivel de Estados, en foros internacionales y a nivel doctrinario.

En el ámbito internacional la discusión se ha dado principalmente a propósito de la OCDE y su comentario al modelo de tratado de doble tributación (*Model Tax Convention of Income and Capital*). Este modelo de tratado es usado como base para la gran mayoría de tratados internacionales de doble tributación, tanto por miembros como por no miembros. En relación a este modelo la OCDE dicta comentarios interpretativos de sus normas.

Hasta 1998 la OCDE no zanjaba el problema de la legalidad o si estas normas podían considerarse violaciones a los tratados internacionales, sólo se limitaba a indicar que existían discrepancias entre los Estados, sin embargo el primer giro hacia la aceptación por parte de la OCDE de estas regulaciones se da en el documento denominado *Report on Harmful Tax Competition*. Dicho report señalaba que los países que no tuvieran normas CFC debía considerar incluirlas en sus legislaciones como forma de contrarrestar prácticas tributarias dañinas<sup>9</sup>.

Luego en la versión 2010 del comentario al modelo de tratado internacional, la OCDE entró de lleno al asunto y señala entre otras cosas que “La utilización de sociedades controladas ha de ser combatida con una legislación sobre transparencia fiscal internacional”<sup>10</sup>. Al final del mismo párrafo señala: “aunque algunos países hayan considerado que es útil precisar expresamente en sus convenios que la legislación sobre transparencia fiscal internacional –CFC– no era contraria al Convenio, dicha precisión es innecesaria. Se reconoce que la legislación sobre transparencia fiscal internacional –CFC– que sigue este enfoque no entra en conflicto con las disposiciones del Convenio.” Sin embargo varios países<sup>11</sup> han expresado ser contrarios a esta interpretación presentando observaciones a dicho comentario.

Los artículos del modelo que se ha discutido son violados por la normativa CFC son el artículo 7 (beneficios empresariales) y el artículo 10 (dividendos).

Respecto del artículo 7, que se refiere a los beneficios empresariales, dicho artículo establece que

“Los beneficios de una empresa de un Estado contratante solamente pueden someterse a imposición en ese Estado, a no ser que la empresa realice su actividad en el otro Estado contratante por medio de un establecimiento permanente situado en él”.

Los que señalan que las normas CFC atentan contra éste artículo alegan que básicamente lo que hacen las normas CFC es permitir que un Estado someta a imposición en dicho Estado las rentas de una empresa residente

<sup>9</sup> OECD Committee on Fiscal Affairs, *Harmful Tax Competition* (OECD, 1998, pp. 40-42).

<sup>10</sup> Párrafo 23 del comentario al artículo 1 del *Model tax convention on income and on capital*, versión 2010.

<sup>11</sup> Entre otros han presentado opiniones contrarias a la interpretación de la OCDE Bélgica, Suiza, Luxemburgo y Holanda. Estos países señalan que las normas CFC constituyen violación a la red de tratados existente basados en el modelo OCDE.

en otra jurisdicción, lo que iría en contra del artículo 7. Sin embargo podría sostenerse que lo que se grava no es la renta de la empresa extranjera, sino que se grava la renta que presuntivamente habría recibido el contribuyente del Estado si no hubiese existido un diferimiento artificial en la recepción de la renta.

Respecto del artículo 10, que trata sobre los dividendos pagados por una sociedad residente de un Estado contratante a un residente del otro Estado contratante, en su numeral 5 se establece que

“...ni tampoco (podrá un Estado contratante) someter los beneficios no distribuidos de la sociedad (residente en el otro Estado contratante) a un impuesto sobre las mismas, aunque los dividendos pagados o los beneficios no distribuidos consistan, total o parcialmente, en beneficios o rentas procedentes de ese otro Estado”.

A nivel doctrinario, esta regulación en un primer momento fue criticada por los autores señalando que un país no podía cobrar impuestos a no residentes por rentas de fuente extranjera, que esto atentaba contra principios de derecho internacional tributario. Sin embargo, con el tiempo y con el hecho de que son muchas las jurisdicciones que han dictado este tipo de normas se ha dicho que esto ha sido uno de los casos en que la costumbre internacional altera principios de derecho internacional<sup>12</sup>.

Si bien esta discusión parece zanjada a nivel institucional internacional, esta discusión se ha dado al interior de los países que han dictado normas CFC.

Los países a medida que han dictado normas CFC han provocado usualmente gran discusión interna, y por regla general los contribuyentes han atacado en tribunales la aplicación de dicha normativa señalando que atenta contra la red de tratados o contra algún tratado internacional de doble tributación en específico.

Así tenemos varios ejemplos de sentencias de tribunales en distintos países que han resuelto el tema en uno u otro sentido.

En primer lugar tenemos una sentencia dictada por la Corte Suprema Administrativa de Finlandia<sup>13</sup>, la cual falló que las normas CFC dictadas por Finlandia podían aplicarse a una subsidiaria de una empresa Finesa domiciliada en Bélgica y sujeta a un régimen tributario favorable por parte del gobierno belga, en lo relativo a si la aplicación de la normativa CFC violaba el tratado de doble tributación entre Finlandia y Bélgica, el cual

<sup>12</sup> Reuven AVI-Yonah, *International Tax as International Law*, p. 28.

<sup>13</sup> 4 *International Tax Law Reports*, 2002, at 1009. (versión en inglés)

está basado casi en su totalidad en el modelo OCDE, la corte señaló que la aplicación de la normativa CFC era compatible con dicho tratado. La decisión se basó principalmente en el objetivo y propósito de los tratados de doble tributación y en los comentarios al modelo OCDE.

Por otro lado, y tomando la postura contraria, tenemos un fallo del *Conseil d'Etat* francés, el cual con fecha 28 de junio de 2002 falló el caso *Schneider*<sup>14</sup>, en lo relativo a la contradicción de las normas CFC francesas con el tratado de doble tributación entre Francia y Suiza, específicamente contra el artículo 7 (1) de dicho tratado, cuyo texto es exacto al del modelo OCDE. Señaló que dicho artículo impedía aplicar la normativa CFC a una subsidiaria con residencia en Suiza de una empresa francesa, ya que dicho tratado eximía del cobro de impuestos a la empresa suiza por parte del fisco francés, ya que era una empresa distinta y no un establecimiento permanente, y que por lo tanto dicho tratado la protegía de la aplicación de las normas CFC. Este fallo considera que la renta generada por la CFC no es una renta de la empresa residente en Francia (matriz) y que la norma CFC establecería un cobro extraterritorial de impuestos, lo que atentaría contra los principios establecidos en dicho tratado internacional.

## 5) Nueva normativa CFC chilena

El nuevo artículo 41 G de la Ley de la Renta, incorporado por la Ley 20780, establece esta figura que existe en varios países y que en su desarrollo ha sido fuente de grandes polémicas. Esta es la regulación de las *controlled foreign companies* (empresas extranjeras controladas).

Los contribuyentes o patrimonios de afectación con domicilio, residencia o constituidos en Chile que directa o indirectamente controlen entidades sin domicilio ni residencia en Chile deberán considerar como devengadas las rentas pasivas percibidas o devengadas por dichas entidades controladas.

Un elemento importante de la forma como el artículo 41 G de la Ley de la Renta define al contribuyente al cual se le aplica esta regulación es que se habla de contribuyentes en general, sin distinguir entre personas naturales o jurídicas, e incluso se habla de patrimonios de afectación (por ejemplo los *trusts*). Esta es una gran diferencia con la mayoría de las regulaciones de CFC, ya que por regla general la regulación de las CFC se aplica a las inversiones pasivas en el extranjero hechas por empresas

<sup>14</sup> *Société Schneider Electric*, 28 June 2002, *Conseil d'Etat* N° 232, 276, 4*International Tax Law Reports*, 2002, at 1077

o personas jurídicas y excluye por regla general las inversiones pasivas hechas por personas naturales.

*¿QUÉ SE CONSIDERA COMO ENTIDADES CONTROLADAS  
SIN DOMICILIO NI RESIDENCIA EN CHILE?*

Aquellas entidades, cualquiera sea su naturaleza, tengan o no personalidad jurídica, que cumplan los siguientes requisitos:

- Que las rentas de la entidad controlada no deban computarse en Chile de conformidad al artículo 41 B, N°1, es decir, que la entidad controlada no sea un establecimiento permanente del contribuyente chileno.
- Que la entidad sea controlada por entidades o patrimonios con domicilio, residencia, constituidos o establecidos en Chile.
- ¿Qué se entiende por “controlada” para efectos de ésta normativa?
- Cuando al cierre del ejercicio o en cualquier momento en los 12 meses precedentes, por sí o en conjunto con personas relacionadas, posean directa o indirectamente el 50 % o más de:
  - El capital
  - El derecho a obtener utilidades.
  - El derecho a voto
- Además se considerarán controladas cuando el contribuyente chileno, por sí o a través de personas relacionadas, pueda elegir o hacer elegir a la mayoría de los directores o administradores de las entidades en el exterior.
- Además se considerarán controladas también cuando el contribuyente chileno tenga facultad para modificar los estatutos y cambiar o remover directores o administradores.

*PRESUNCIONES DE CONTROL*

La Ley establece presunciones de control, en virtud de las cuales se entenderá controlada la entidad extranjera a pesar de no cumplirse requisitos de porcentajes de participación o control, así se presumirá que una entidad será controlada, sin tener en consideración el porcentaje de participación del controlador chileno, cuando la controlada se encuentre constituida, domiciliada o sea residente en un país o territorio de baja o nula tributación. Otra presunción de control señala que se presume controlada la entidad extranjera cuando el contribuyente chileno tenga una opción de compra o adquisición de una participación a derecho en dicha entidad.



¿QUÉ SE ENTIENDE POR PAÍS O TERRITORIO  
DE BAJA O NULA TRIBUTACIÓN?

Se entenderá como país o territorio de baja tributación aquellos a que se refiere el artículo 41 H de la Ley de la Renta, es decir, aquellos países o territorios que tengan una tasa de tributación efectiva sobre los ingresos de fuente extranjera que sea inferior al 50% de la tasa del inciso primero del artículo 58 (en estos momentos es de un 35% , es decir, 17,5%), o que no hayan celebrado con Chile un convenio que permita el intercambio de información para fines tributarios o el celebrado no se encuentra vigente, además también serán considerados de baja o nula tributación aquéllos territorios o jurisdicciones cuya legislación carezca de reglas que faculten a la administración tributaria respectiva para fiscalizar los precios de transferencia, aquellos cuyas legislaciones contienen limitaciones que prohíben a sus respectivas administraciones tributarias la solicitud de información a sus administrados y/o la disposición y entrega de esa información a terceros países, aquellos cuyas legislaciones sean consideradas como regímenes preferenciales para fines tributarios por la OCDE o por la Organización de Naciones Unidas y aquellos que gravan exclusivamente las rentas generadas, producidas o cuya fuente se encuentre en sus propios territorios.

Luego el artículo 41 G señala que deberán declararse las rentas pasivas. ¿Qué entendemos por rentas pasivas?

Por regla general se habla de rentas pasivas cuando hablamos de actividades no productivas, los típicos ejemplos de rentas pasivas son:

- Dividendos
- Intereses.
- Royalties.

El artículo 41 G establece un listado de rentas que se consideran pasivas para efectos de esta regulación.

Una norma importante es que si las rentas de la empresa controlada no son consideradas rentas pasivas, esta regulación no tiene aplicación. Sin embargo, si las rentas pasivas representan el 80% o más del total de los ingresos de la entidad controlada constituida, domiciliada o residente en el extranjero, el total de los ingresos de ésta serán considerados como rentas pasivas.

Respecto de las rentas pasivas existe otra presunción, se presumirá que todas las rentas obtenidas por una entidad controlada constituida, domiciliada o residente en un territorio o jurisdicción a que se refiere el artículo 41 H, son rentas pasivas, es decir, en caso que la entidad controlada sea residente en un territorio de baja o nula tributación, todas sus rentas, independientemente si provienen de una actividad productiva o

son rentas pasivas, deberán agregarse a la base imponible del controlador chileno.

Sin embargo hay una norma de protección, ya que las normas anteriores sólo se aplicarán si las rentas pasivas de la entidad controlada superan el 10 % de sus rentas totales.

### ¿CÓMO SE RECONOCEN EN CHILE ÉSTAS RENTAS?

Las rentas pasivas se considerarán percibidas o devengadas por los propietarios domiciliados o residentes en Chile, en proporción a la participación, directa o indirecta, que ellos tengan en la entidad controlada. Para determinar el monto de las rentas pasivas que debe computarse en Chile, se aplicarán las normas de esta ley sobre determinación de la base imponible de Primera Categoría, y se agregará a la renta líquida imponible de la empresa al término del ejercicio, salvo que el resultado arroje una pérdida, caso en el cual no se reconocerá en el país.

Luego de analizar la regulación CFC de Chile vemos que es una de las más duras a nivel mundial, ya que hace sujeto de la normativa no sólo a las CFC ubicadas en paraísos tributarios, sino que cualquier empresa ubicada en el extranjero puede ser sujeta a tributación por el sólo hecho de ser residente en otro país.

### 6) *Legalidad de la normativa chilena*

Para analizar la legalidad (cuando hablamos de legalidad en este caso nos referimos a la posibilidad que la normativa CFC chilena pueda ser incompatible con alguno o con, en general, la red de tratados internacionales de doble tributación firmados por Chile), debemos preguntarnos cuál es la naturaleza de la renta a que se refiere el artículo 41 G de la Ley de la Renta, como hemos visto dicho artículo establece que un contribuyente chileno debe declarar las rentas de una entidad extranjera que se encuentre bajo su control, sin embargo la pregunta que cabe hacernos es ¿dicha renta es una renta propia del contribuyente chileno o es una renta de la entidad extranjera? Para responder dicha pregunta debemos ver qué se entiende por renta.

La Ley de la Renta, en su artículo 2<sup>a</sup>, define renta como...

“los ingresos que constituyan utilidades o beneficios que rinda una cosa o actividad y todos los beneficios, utilidades e incrementos de patrimonio que se perciban, devenguen o atribuyan, cualquiera que sea su naturaleza, origen o denominación”.

Si analizamos el concepto de renta contra la norma CFC vemos que las rentas de las entidades controladas no son ni utilidades ni beneficios del contribuyente chileno, y aunque lo fueran, no se encuentran percibidos ni devengados, pero ¿se encuentran atribuidos? Para esto tenemos que ir al mismo artículo 2° que define qué es lo que se considera renta atribuida, así esta es definida como “aquella que, para efectos tributarios, corresponda total o parcialmente a los contribuyentes de los impuestos Global Complementario o Adicional, al término del año comercial respectivo, atendido su carácter de propietario, comunero, socio o accionista de una empresa sujeta al impuesto de Primera Categoría conforme a las disposiciones del artículo 14, letra A) y demás normas legales, en cuanto se trate de rentas percibidas o devengadas por dicha empresa, o aquellas que le hubiesen sido atribuidas de empresas en que ésta participe y así sucesivamente”. Analizando dicha definición, podríamos considerar que esta renta de la CFC es una renta atribuida, sin embargo la definición misma limita la renta atribuida a aquella que existe en virtud del artículo 14 A de la Ley de la Renta, por lo que creemos que por el principio de legalidad, que nos impide hacer interpretaciones extensivas, esta renta tampoco es una renta atribuida.

Siguiendo con el análisis si la renta no es renta en los términos de la Ley de la Renta del contribuyente chileno, no nos queda más que pensar que es renta de la entidad en el extranjero, el cual no es un contribuyente chileno, esto nos lleva a preguntarnos si el legislador chileno no estaría ejerciendo jurisdicción tributaria extraterritorial sobre un contribuyente que no tiene domicilio en Chile. Esta afirmación nos podría llevar a sostener que la regulación CFC chilena sí podría estar en contradicción con los artículos 7 y 10 del modelo OCDE y por lo tanto dichos convenios de doble tributación firmados por Chile que contengan normas basadas en dichos artículos podrían estar siendo tácitamente modificados o incluso derogados por una ley simple posterior.

Ahora ¿qué problema tiene dicha derogación? Para responder esto debemos ir al artículo 54 número 1 inciso quinto de la Constitución, que señala que “Las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional”. Por lo tanto cabe preguntarnos, ¿podría considerarse que las normas CFC son inconstitucionales en lo relativo a determinados tratados internacionales que se basen en los artículos 7 y 10 del modelo OCDE por violación al artículo 54 número 1 de la Constitución? Dejo la pregunta planteada.

Creemos que ésta normativa ante su aplicación en un caso de un tratado internacional de doble tributación firmado por Chile en base al modelo OCDE, podría encontrarse en peligro de ser impugnada y

eventualmente declararse inconstitucional. Sin embargo creemos que la solución a eso debiera ser bastante simple, eliminando del concepto de renta atribuida la remisión al artículo 14 de la Ley de la Renta o bien incluyendo en dicha norma una remisión al artículo 41 G o simplemente aclarar y señalar expresamente que la renta de la entidad extranjera que se agrega a la renta líquida imponible del contribuyente chilenos es una renta atribuida.

### *Bibliografía*

- AVI-YONAH, Reuven, *Global Perspectives in Income Taxation Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2011.
- AVI-YONAH, Reuven, *International Tax as International Law*, Nueva York, Cambridge University Press, 2007.
- INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION, *Cahiers du Droit Fiscal*, 2013 Vol. 98a, Copenhague.
- MILLER, Angharad y OATS Lynne, *Principles of International Taxation*, 3ª ed., Londres, Bloomsbury Professional, 2012.
- OECD Comité on Fiscal Affairs, *Harmful Tax Competition*, París, OECD, 1998.

# Comentarios de jurisprudencia

---

Derecho Público Iberoamericano  
Universidad del Desarrollo  
N° 6 | 2015

PROTECCIÓN  
ANTE RESOLUCIONES JUDICIALES:  
AFIRMACIÓN DE UN PRINCIPIO,  
PERO LLENO DE EXCEPCIONES

(PARQUE EÓLICO TALTAL S. A.  
CON JUEZ DEL SEGUNDO JUZGADO CIVIL  
DE ANTOFAGASTA,  
CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA, 6.12.2013;  
CORTE SUPREMA, 27.5.2014, ROL N° 313-2014)

*Eduardo Soto Kloss\**

*Parque Eólico Taltal S.A. c/Juez del Segundo Juzgado Civil de Letras de Antofagasta* (Corte de Apelaciones de Antofagasta, 6.12.2013 protección acogida, Corte Suprema 22.5.2014, rol 313-2014, ministros señores Ballesteros, Carreño y Pierry y señoras Egnem y Sandoval, confirma) nos depara un amparo constitucional deducido por la recurrente que impugna la sentencia de dicho tribunal de primer grado puesto que le afecta directamente no habiendo sido parte ni tuvo la calidad de tercero en un proceso sobre constitución de servidumbre minera.

Habiendo celebrado la sociedad anónima *Parque Eólico* un contrato de concesión con el Fisco para desarrollar un proyecto de energía eólica se ve impedida de ejercer los derechos emanados de la referida concesión como, asimismo, cumplir con las obligaciones correspondientes, a raíz de una resolución judicial recaída en un recurso de rectificación y enmienda de una sentencia ejecutoriada que modifica el predio sirviente, considerando un título inscrito distinto al que se mencionaba en la resolución enmendada; debe observarse que al margen de la inscripción de dominio del predio (año 2000) del Conservador de Bienes Raíces de Taltal se encuentra la anotación de la concesión de la sociedad recurrente.

La Corte de Apelaciones de Antofagasta acoge la protección deducida, lo que es confirmado por la Corte Suprema al conocer la apelación de la jueza recurrida. Y es de interés el fallo supremo en cuanto afirma,

---

\* Doctor en Derecho, Universidad de París/Panthéon- Sorbonne. Profesor titular de Derecho Administrativo Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: sotokloss@ust.cl

por una parte, la *excepcionalidad* de la procedencia de la protección frente al agravio producido por “resoluciones judiciales”, siguiendo una jurisprudencia asentada ya hace décadas, pero, al mismo tiempo, afirma su “procedencia” ante circunstancias que dejarían en la indefensión a quien no ha sido parte en el proceso en el cual recae una resolución judicial que afecta los derechos de terceros o produce un perjuicio sólo reparable por esta vía proteccional.

En efecto, el principio de la improcedencia de la protección frente a resoluciones judiciales si ellas afectan el legítimo ejercicio de algún derecho fundamental amparado por esta acción (artículo 20 de la Constitución/CP), ha de ceder cuando son afectados los derechos de un tercero que no ha sido emplazado ni ha sido parte del proceso, y ni siquiera es admitido como tercero, y esa resolución le agravia gravemente (considerando 4°). No se crea, sin embargo, que esa procedencia por excepción haya sido escasa durante estos más de 37 años de existencia de este amparo general; por el contrario, ha sido bien numerosa como veremos y que nos interesa mostrar ahora.

Así, es posible encontrar, ya en 1986, en materia de resoluciones dictadas por jueces de letras en *materia civil*, casos como *Sociedad Agrícola El Bosque c/Juez del Primer Juzgado de Letras de Ovalle*, sobre constitución de servidumbre minera (RDJ t. 83/1986, 2.5, 41-47), en el cual se declara la “improcedencia” de la protección deducida, porque como señala la Corte Suprema (5.6.1986)

“cualesquiera que fueran los errores en que pudiera haber incurrido el juez de la causa en la tramitación del asunto, ya sean en la forma o en el fondo, ellos pueden y deben ser enmendados mediante los recursos que aquel Estatuto [Código de Minería] contempla, o en su defecto por las leyes de orden general aplicables al caso” (consid. 2°).

Pero, a continuación del rechazo y “actuando de oficio” por los “graves errores de orden procesal” en la causa que ha colocado a la recurrente “en la indefensión”, lo que “podría acarrearle ingentes perjuicios”, la Corte Suprema reconoce que “está en la obligación de evitar [los]”, para lo cual “estima del caso corregir por sí las faltas” en que ha incurrido el juez recurrido, es decir procede “de oficio” a enmendar esas faltas o abusos conforme al art. 541, inciso 2° del COT (consid. 8°), dejando sin efecto todo lo actuado por el juez afectado y retrotrayendo la causa al momento procesal que se indica (pueden verse otros casos semejantes en la nota de p. 41 especialmente sobre la “actuación de oficio” suprema para corregir los errores de los jueces recurridos).

En el mismo año 1986 es posible encontrar un caso “laboral” referente a fuero maternal, como es *Vera Vera c/Juez de Letras de Castro* (RDJ t. 83/1986, 2.5, 123-125). El asunto versa sobre un despido ilegal de una empleada con fuero maternal. La acción está dirigida en contra de dicho juez, el cual si bien ha acogido la pretensión y reconoce la ilegalidad del despido, no ha aceptado la ampliación del plazo solicitada por la actora para presentarse en la empresa, quien en lugar de impugnar en el juicio laboral dicha negativa de ampliación del plazo, ocurre de protección. La Corte de Apelaciones de Puerto Montt (10.6.1986) si bien reconoce la extemporaneidad del recurso de protección deducido, se pronuncia derechamente sobre el tema y declara sin lugar la pretensión, pero sin perjuicio de lo anterior expresa que “el juez tramitador agilizará la tramitación del proceso y lo fallará a la brevedad posible (parte decisoria del fallo). La Corte Suprema lo confirmará el 23.6.1986 (vid. nota en p. 123 sobre el tema). Es de interés este fallo de 1986 en cuanto señala en su considerando 6° que

“si bien a priori no se puede decir que el recurso de protección no pueda deducirse en relación a un hecho inserto en un proceso, ello sólo puede excepcionalmente aceptarse cuando hay una flagrante infracción que repugne a las normas legales vigentes, ya sea en cuanto a normas sustantivas como adjetivas”.

En un proceso civil en 1987 puede mencionarse *Pérez Vásquez c/Juez del Segundo Juzgado de Letras de Punta Arenas* (RDJ t. 84/1987, 2.5, 40-42), asunto que incidía en un comodato precario. Se deduce esta acción constitucional de amparo general en contra de una “sentencia ejecutoriada” dictada en rebeldía del recurrente, rebeldía producida por circunstancia que no le era imputable. La Corte de Apelaciones de Punta Arenas desecha la pretensión referida tratándose de un fallo que ha producido la intangibilidad de cosa juzgada, la cual no puede ser afectada por un recurso de protección. La Corte Suprema confirma dicha sentencia (26.3.1987) pero advirtiendo “que en la cuestión que ha originado el presente recurso de protección se ha incurrido en graves errores de orden procesal”, ello

“obliga a este Tribunal, por juzgarlo conveniente a la buena administración de justicia, a corregir por sí las faltas en que ha incurrido el juez...”

y dictando sentencia decide: “se declara que se deja sin efecto todo lo obrado” retrotrayendo dicha causa “al estado de proveerse correctamente la demanda por el juez inhabilitado que corresponda”.



También este mismo criterio ha sostenido la Corte Suprema el 5.5.1987, rol 10.505, al confirmar un fallo de la Corte de Apelaciones de Valparaíso (15.4.1987, redacción ministra Osnovikoff P.) en *Sociedad Comercial Aku-Aku c/Juez del 8° Juzgado de Letras en lo Civil de Valparaíso* (RDJ t.84/1987, 2.5, 181-185). La Corte de Valparaíso (considerando 6°) asentaba que esta acción de amparo resultaba procedente “en el caso que sea ésta la única solución conducente a resolver una denegación o dilación de justicia o algún agravio irreparable”. Ha de recordarse que en una primera etapa era de principio la “inadmisibilidad” de la protección dirigida al amparo de los derechos fundamentales frente a resoluciones judiciales (reseñábamos este punto en nota al fallo *Aku-Aku* referido, vid. nota en 182-184). Nuestra posición estaba –ahora también– por la “admisibilidad” en la medida en que no fuera posible enmendar la resolución judicial agravante en el proceso en el cual se había expedido, como v. gr. si afectaba a un tercero ajeno al proceso, o esa resolución constituía una denegación de justicia, o significaba un agravio irreparable de no acogerse la protección deducida (vid. mi *El recurso de protección, origen, doctrina y jurisprudencia*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1982, 333-363), posición que a poco andar fue matizada con la solución de proceder el tribunal “de oficio” enmendando, así, la injusticia de un rechazo puro y simple, solución que acoge, precisamente, *Aku-Aku* cit. y que es el criterio consagrado hasta hoy.

Ya antes, en materia penal, *Valdés Ruceda c/Juez del 16° Juzgado del Crimen de Santiago* (Corte de Apelaciones de Santiago, 8.4.1986, en RDJ t. 83/1986, 2.5, 65-69, sentencia no apelada) declaraba con precisión que esta acción

“es admisible y procedente cuando se trata de reparar los efectos de una resolución judicial arbitraria, que requiere un procedimiento rápido para dar una solución eficaz” (considerando 4°),

como era el caso de una incautación de un material científico sin que ni siquiera existieran antecedentes e informes que avalaran la querrela presentada y sin que se escuchara al afectado; tal situación “constituye una medida arbitraria que afecta de modo sensible los derechos del recurrente” (reseña de doctrina, p. 65 col. 2). Llama la atención la claridad y el coraje de la Corte para afirmar sin remilgo alguno que se trataba de una resolución judicial “arbitraria”, es decir, carente de justificación racional.

De igual modo, ante errores evidentes de embargo de bienes e incluso lanzamiento de inmuebles de sus propios dueños, llevados a cabo

por errores en resoluciones judiciales al indicar domicilios en que debían practicarse esas diligencias por los receptores judiciales, se ha admitido este amparo de protección, como dan cuenta, entre otros, *Osorio Alcázar* (RDJ t. 80/1983, 2.5, 52-56) y *Guerrero Flores* (RDJ t. 82/1985, 2.5, 205-212). Igualmente merece mencionarse *Sociedad Manuel López Corces e Hijos c/Jueza del Tercer Juzgado de Menores de Santiago* (Corte Suprema 19.1.1989, RDJ t. 86/1989, 2.5, 1-4 con nota nuestra), una protección deducida en amparo del llamado “secreto bancario” (artículo 19 N° 5 de la CP), pretensión que será acogida desde que por una resolución judicial de la recurrida “manifiestamente ilegal” (así la califica la Corte Suprema, considerando 4°) se ordenaba a varios Bancos de la plaza informar sobre los saldos de cuentas corrientes bancarias de dicha Sociedad en circunstancias que el demandado de alimentos era un socio de ella, olvidando la recurrida que la sociedad es una persona distinta de los socios que la conforman..., entidad recurrente que no era parte del referido juicio sino un tercero enteramente ajeno a él. Al acogerse el amparo deducido “se deja sin efecto” la resolución judicial que agraviaba.

De igual manera en tema de “secreto bancario” merece citarse *Vásquez Donoso c/Jueza del Quinto Juzgado del Crimen de Viña del Mar* (RDJ t. 93/1996, 2.5, 69-75), caso en el cual la Corte de Apelaciones de Valparaíso desechó la protección deducida con el voto en contra del Ministro Sr. Campos Herrero, voto que será recogido por la Corte Suprema, quien revocará el fallo apelado y acogerá la pretensión protectiva. Aquí se impugnaba una resolución judicial dictada por la recurrida en términos tan amplios que no especificaba las partidas de la cuenta corriente bancaria requerida, lo que violaba claramente el derecho que la Constitución reconoce a toda persona a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados (vid. la nota de pp. 69.70 y comentario nuestro).

Muchas son las protecciones deducidas en contra de resoluciones judiciales emitidas por los más diversos tribunales y que han sido acogidas, sea por incurrirse en ilegalidad o en arbitrariedad o en ambas, afectando derechos fundamentales amparados por esta acción de protección.

Así es como pueden mencionarse protecciones que se han deducido en contra de “jueces civiles”, como, entre otros, *Banco Santiago* (t. 91/1994, 2.5, 144-147), *Denis-Lay* (t. 92/1995, 2.5, 73-78), *Sociedad Agroindustrial Blanqueado Limitada* (t. 93/1996, 2.5, 241-244), *KDM S.A.* (t. 94/1997, 2.5, 42-46), *Barría Ojeda* (t. 94 cit. 92-96), *Forestal Cholguán* (t. 95/1998, 2.5, 1-6) y *Altamirano Santana* (t. 96/1999, 2.5, 162-164).

También en contra de resoluciones de “jueces del crimen” puede verse, entre otros, *Rodríguez Portell* (t. 87/1990, 2.5, 138-143). En  
contra

de resoluciones de “jueces del trabajo” véase v. gr. entre otros, *Ahumada Flores y otro* (t. 99/2002, 2.5, 39-45), caso de dos futbolistas profesionales que deducen protección ante una medida precautoria de prohibición de celebrar actos y contratos dictada por un juez laboral, lo que violaba su libertad contractual y entrababa la transferencia a otra institución deportiva, y ello en razón de una deuda del Club Deportivo al que pertenecían. La Corte de Apelaciones de La Serena (14.2.2002) declara procedente la acción y la acoge en la medida en que está vigente la relación laboral de los recurrentes en su Club (Coquimbo Unido) pero cesará ipso facto concluida que fuere tal relación laboral. La Corte Suprema revoca dicho fallo declarando improcedente la pretensión deducida, dado que la resolución judicial impugnada de la juez subrogante del Primer Juzgado del Trabajo de La Serena debía ser impugnada dentro de dicho proceso, pero de inmediato, “actuando de oficio”, deja sin efecto la resolución judicial recurrida (sobre la “incoherencia” de estas decisiones supremas vid. nuestro comentario en nota de pp. 40-41). Y el bullado caso de los profesores de Arica, *Alcalde de Arica c/Juez del Primer Juzgado de Letras de Arica* (t. 94/1997, 2.5, 215-220), sobre deudas impagas a profesores municipales, que hemos comentado en *Ius Publicum* 2/1998, 231-244).

Asimismo, se encuentran protecciones deducidas en contra de un “juez de cuentas” como *Martínez Aravena* (t. 87/1990, 2.5, 155-157), o resoluciones de “tribunales electorales regionales”, como *Caja de Compensación La Araucana* (t. 88/1991, 2.5, 286-293), o de “jueces árbitros” como, entre varios, *Escaffi Eltit* (t.87/1990, 2.5, 169-171) y *Beyer Opazo* (t. 91/1994, 2.5, 237-240) o *Pesquera Iquique* (idem 15-20 y nota nuestra en p. 15 con más casos ya en aquella época). E incluso, como decíamos hace un instante, ha habido protección deducida en contra de una sentencia de una de las salas de una Corte de Apelaciones que fue conocida por la otra sala, como es el caso –un tanto extraño, ciertamente– de *Sociedad Camanchaca c/Corte de Apelaciones de Concepción* (RDJ t. 87/1990, 2.5, 218-224) pretensión que fuera admisible si bien fuera rechazada en definitiva.

Además, pueden agregarse los casos en que se recurre en contra de resoluciones de “jueces de policía local”, como *Rodríguez Roa c/Jueza (s) del Tercer Juzgado de Policía Local de Concepción* (Corte de Apelaciones de Concepción 22.3.2004, Corte Suprema 22.4.2004, en RDJ t. 101/2004, 2.5, 39-42, vid. nota de pp. 39-40 con referencia a más casos de protecciones en contra de resoluciones judiciales). Esta protección fue interpuesta en contra de una resolución judicial de retención de bienes y custodia de ellos en dependencias municipales de una arrendataria que se mudaba de un inmueble sin contar con el correspondiente salvoconducto y la cual se

viera rechazada la solicitud de su devolución por la jueza ahora recurrida. Conforme a la ley (19.866/11.4.2003, art. 2°) se incautó el vehículo en que se transportaban cuatro cajas de cartón con ropa de la recurrente; pagada la multa por el conductor del vehículo, este lo retiró de los llamados “corrales municipales”, quedando dichas cajas en custodia hasta nueva resolución judicial. En contra de ello fue que se alzara la recurrente en protección; la Corte de Apelaciones de Concepción rechazó la pretensión protectoria por haberse cumplido debidamente el procedimiento legal habiendo podido legalmente la pretendida agraviada impetrar sus defensas ante ese tribunal de policía local. La Corte Suprema confirma el fallo, pero, sin perjuicio de ello, advierte que se han afectado los derechos de un tercero en el procedimiento de policía local –como es la recurrente Rodríguez Roa, quien no fue parte de él–, ya que dicho procedimiento se seguía en contra del conductor del vehículo que transportaba sus cosas; de allí que establece –muy pertinentemente– que dicha jueza ha excedido sus competencias al denegar la devolución de esas especies, dado que carecía de ellas para su denegación, ya que ningún precepto legal le confería atribuciones para disponer esa retención. Actuando, pues, “de oficio” la Corte Suprema ordena la entrega inmediata de esas especies a la recurrente sin que ella deba pagar cosa alguna “por la indebida permanencia de las especies en el mencionado lugar”.

Valga también mencionar protecciones interpuestas en contra de resoluciones de “jueces especiales”, como, por ejemplo, “jueces aduaneros”, *Pitakas Marín* (Corte de Apelaciones de Iquique 20.2.2002, confirmada por la Corte Suprema 12.3.2002, en *RDJ* t. 99/2002, 2.5, 46-51), deducida en contra del Juez Administrativo del Tribunal Aduanero de Iquique, quien le formula al recurrente de manera improcedente cargos por derechos aduaneros. En este caso se acoge la protección, pero sin que se formule por la Corte Suprema observación alguna sobre el hecho de impugnarse una resolución de un juez especial (*vid.* otro caso en nota a pie de p. 47 y comentario nuestro). O “jueces tributarios” (del antiguo régimen), como *Inversiones San Damián S.A. con Juez Tributario y Director Regional del Servicio de Impuestos Internos Cuarta Región* (Corte de Apelaciones de La Serena 27.11.2001, que rechaza la protección reclamada, y Corte Suprema 8.1.2002, que revoca y acoge, en *RDJ* t. 99/2002, 2.5, 10-16); el caso versaba sobre el rechazo por extemporáneo de un reclamo de un avalúo de un determinado inmueble que no había sido notificado a su destinatario. La Corte Suprema acoge la protección fundada en que no basta notificar las resoluciones que modifican los avalúos de los bienes raíces con sólo un aviso postal dirigido a la propiedad afectada, sino que se requiere, además, notificar a su destinatario, no siendo admisible, por

otra parte, valerse la autoridad recurrida de un “acto propio” defectuoso para impedir por el afectado el ejercicio del derecho de petición y la defensa de sus derechos (véase nota a pie de p. 11 con otros dos casos y comentario nuestro).

Por último, cabe mencionar a los “jueces tesoreros”, como *Conservera Sacramento S.A. c/Tesorero Regional, Juez Substanciador Décima Región* (Corte de Apelaciones de Puerto Montt 21.11.2001 rechaza y Corte Suprema 10.1.2002 revoca y acoge, en *RDJ* t. 99/2002, 2.5, 16-20), caso en el cual se impugna, en un juicio ejecutivo especial (y draconiano) por cobro de impuestos, una doble cobranza de los mismos impuestos con idéntico título ejecutivo y con bienes embargados en ambos, a través de la excepción de litispendencia, la cual es rechazada por dicho juez substanciador. Ante ello la afectada recurre de protección, que es denegada en primera instancia de protección pero la Corte Suprema revoca y la acoge declarando que el rechazo de dicha excepción de litispendencia “es arbitraria y carente de racionalidad”.

Al concluir este comentario cabe señalar que en *Parque Eólico Taltal S.A.* queda a firme que en las protecciones deducidas en contra de resoluciones judiciales el “principio” es su “inadmisibilidad” (sea por razones de cuerpo, sea para no desordenar el formalismo procesal, como se decía, u otras razones que se han esgrimido), pero cabe afirmar, al mismo tiempo, que se las admite cada vez que su admisibilidad signifique, especialmente respecto de terceros ajenos al proceso en que se emite esa resolución, un agravio o un perjuicio irreparable, o también una dilación de justicia (v. gr. teniendo que deducirse una tercería de dominio) o, simplemente, una denegación de justicia (que incluso, en ocasiones, ha llevado al tribunal a rechazar la protección interpuesta pero proceder “de oficio” para enmendar el desaguizado judicial).

Puede advertirse una vez más cómo el derecho es un arte prudencial, en el cual si bien se afirman los principios que son estructurantes de los mecanismos de justicia, orden y seguridad jurídica, indispensables para una convivencia social en paz, también se afirman las excepciones que la misma justicia, en la práctica de su concreción efectiva, exige a fin de no caer en un mero formalismo, que usualmente conduce a la iniquidad, esto es a la injusticia, que es el peor vicio en que pueden caer un juez y un tribunal, pues pervierte su función misma, y la razón de su existir.

A efectos de complemento, se reproduce la sentencia en análisis:

Santiago, veintidós de mayo de dos mil catorce.

*Vistos:*

*Se reproduce la sentencia en alzada y se tiene además presente:*

*Primero:* Que el recurso de protección de garantías constitucionales establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República constituye jurídicamente una acción de evidente carácter cautelar, destinada a amparar el legítimo ejercicio de las garantías y derechos preexistentes que en esa misma disposición se enumeran, mediante la adopción de medidas de resguardo que se deben tomar ante un acto arbitrario o ilegal que impida, amague o perturbe ese ejercicio.

*Segundo:* Que en la causa de constitución de servidumbres mineras en la cual se ha dictado por la Juez recurrida la resolución que Parque Eólico Taltal S.A. impugna por considerarla ilegal y arbitraria, esta sociedad no fue parte ni tuvo la calidad de tercero.

*Tercero:* Que en la jurisprudencia reiterada de esta Corte se ha asentado el criterio general de que esta acción constitucional no procede en contra de resoluciones judiciales y que estando una controversia sometida al imperio del derecho no procede, entonces, otorgar amparo constitucional, toda vez que a los tribunales correspondientes les corresponde dirimir el conflicto planteado entre las partes.

*Cuarto:* Que, no obstante, los antedichos criterios sufren excepciones en los casos que, como en el de autos, los derechos de un tercero que no ha sido notificado han sido gravemente perjudicados.

En efecto, el recurrente de protección celebró un contrato de conceción con el Fisco de Chile para el desarrollo del Proyecto Parque Eólico Taltal y se ha visto impedido de ejercer los derechos y de cumplir las obligaciones convenidas en ese contrato por la dictación de una resolución judicial recaída en un recurso de rectificación y enmienda de una sentencia ya ejecutoriada, que modifica el predio sirviente en la constitución de servidumbres mineras, considerando al efecto un título inscrito diferente al contemplado en la resolución enmendada, en circunstancias que al margen de la inscripción de dominio de este nuevo predio, de fs. 96 N°90 del año 2002 del Conservador de Bienes Raíces de Taltal aparece anotada la concesión onerosa respecto de la cual solicita amparo el recurrente de protección.

*Quinto:* Que la apelante ha expresado que a la fecha hay causas pendientes de resolución en los tribunales de justicia, señalando los roles pertinentes.

Las causas por ella citadas Rol C-244-2013 y C-17.623-2013 han sido iniciadas por demandas interpuestas por la misma apelante, la primera de ellas referida a una denuncia de obra nueva y la segunda a demanda declarativa en juicio de hacienda. En ambos casos la demandada es Parque Eólico Taltal S.A., agregándose en la segunda al Fisco de Chile.

Las acciones intentadas por la apelante, quien interpuso también el recurso de aclaración y enmienda antes mencionado, no constituyen un impedimento para otorgar al recurrente el amparo que impetra, puesto

que en las causas citadas se ejercen acciones que no dicen relación con la validez o nulidad de las servidumbres mineras constituidas.

*Sexto:* Que por este orden de consideraciones se otorgará la cautela solicitada por el recurrente de protección, sin perjuicio de otras acciones que tanto éste como la apelante estimen pertinente ejercer.

De conformidad, asimismo, con lo que disponen los artículos 19 N°24 y 20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de esta Corte Suprema sobre la materia, se *confirma* la sentencia apelada de seis de diciembre de dos mil trece, escrita a fojas 436, con costas del recurso.

Acordada con el *voto en contra* de la Ministra Sra. Egnem, quien fue de parecer de revocar la sentencia en alzada y de no hacer lugar al recurso de protección por encontrarse los asuntos ventilados en autos sometidos al imperio del derecho.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo de la Ministra Sra. Sandoval.

Rol N° 313-2014.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Rubén Ballesteros C., Sr. Héctor Carreño S., Sr. Pedro Pierry A., Sra. Rosa Egnem S., y Sra. María Eugenia Sandoval G. No firma, no obstante haber concurrido al acuerdo de la causa, el Ministro señor Carreño por estar en comisión de servicios. Santiago, 22 de mayo de 2014.

## ACERCA DE LOS DICTÁMENES DE LA CONTRALORÍA: UN ERROR SUPREMO ES UN SUPREMO ERROR

(MUNICIPALIDAD DE VALPARAÍSO  
CON CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA,  
CORTE SUPREMA, SENTENCIA DE PROTECCIÓN,  
2 DE ENERO DE 2014, ROL 7210-2013)

*Eduardo Soto Kloss\**

El fin es para los medios elegidos como el principio  
para las conclusiones.

Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, Libro VII, cap. 8,  
Bk 1151 a 16.

Varios temas presentan interés en este fallo que comentamos y que pareciera ha sido inadvertido por quienes se dedican al derecho administrativo. Es cierto que la gran mayoría de ellos se dedican más bien a estudiar la legislación más que la jurisprudencia referida a la Administración (salvo en lo que concierna a la jurisprudencia recaída en materia ambiental, la cual ha adquirido notoria atención), no obstante que, como ya enseñaba Cicerón, es en los tribunales en donde se vive el Derecho (*Pro Sestio* 42.92).

1. Un primer punto es el referente a si una Municipalidad –y más ampliamente un organismo de la Administración del Estado (o más aún, un organismo del Estado, v. gr. un tribunal de la República o una Cámara del Congreso Nacional)– puede recurrir de protección, sea en contra de otro organismo de la Administración o incluso en contra de un particular. Es decir, si ellos poseen legitimación activa para recurrir en amparo general ante una Corte de Apelaciones del país.

Si se atiende al origen de esta acción constitucional, cabe señalar de inmediato que la idea primigenia de ella fue la de crear un arbitrio procesal de *defensa de los derechos de las personas frente al actuar contrario a Derecho* –ilegal o arbitrario– *de los organismos de la Administración del Estado*, en una época de especial virulencia administrativa en contra de

---

\* Doctor en Derecho, Universidad de París/Panthéon- Sorbonne. Profesor titular de Derecho Administrativo Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: sotokloss@ust.cl



los ciudadanos, como fue el gobierno marxista de los años 1970 a 1973<sup>1</sup>. Y no que estos organismos estatales pudieran hacer uso de él, desde que se trató de una ampliación del “*habeas corpus*”, el cual, de suyo, no cabe ser ejercido por tales organismos...

Tampoco en la Comisión Ortúzar aparece que un organismo del Estado (lato sensu) pudiera hacer uso de esta acción constitucional, puesto que desde el primer documento de ella se la concibe como una acción en defensa de los derechos humanos, como dice v. gr. las *Metas y Objetivos fundamentales para la Nueva Constitución*, de 26.11.1973, parágrafos 1, 2 y 3, como, asimismo, la *Declaración de Principios de la Junta de Gobierno*, de 11.3.1974, capítulo 2, parágrafos 1 a 4<sup>2</sup>.

En el propio texto del DL 1.553, de 13.9.1976, aparece el que posteriormente será llamado “recurso de protección” –haciendo *pendant* con el llamado recurso de amparo– como una acción constitucional en amparo de los derechos de las personas, lo que será reiterado en la propia Constitución (1980), cuyo artículo 19 se inicia con “*La Constitución asegura a todas las personas*”: ...los numerosos derechos que ella les reconoce, y que son precisamente la salvaguarda de su identidad de personas *frente* al poder de los distintos organismos del Estado, derechos fundamentales que, además, nunca se olvide, *son un límite* para el actuar de ellos (art. 5° inciso 2° de la Constitución), en su promoción del bien común, el cual debe ser procurado “con pleno respeto de los derechos de las personas” y a cuyo servicio están (art. 1° inciso 4°). De allí no sólo la primacía de la persona humana (art. 1° incisos 1° a 5°) y la consecuencial servicialidad del Estado (arts. 1° inciso 4° y 5° inciso 2°), sino que esta acción de amparo general haya sido concebida, creada y esté intrínsecamente en función de la protección de los derechos fundamentales de las personas *frente* al Estado y sus organismos, especialmente de la Administración.

Si ello es así, y es irrefragable, ¿Cómo puede admitirse el recurso de protección para ser deducido por un organismo del Estado y del Estado Administración? ¿Es, acaso, que estos organismos poseen *derechos fundamentales*? No cabe duda que no. Es más, no sólo no poseen *derechos*, sino que los “poderes jurídicos” con que la ley los ha dotado para realizar su misión de satisfacer las necesidades públicas (esto es aquellas que el legislador en un momento determinado dispone que sean satisfechas por

<sup>1</sup> Eduardo SOTO KLOSS, *El recurso de protección. Origen, doctrina y jurisprudencia*, pp. 11-55; también Eduardo SOTO KLOSS, *El recurso de protección, una institución esencial de una sociedad libre*, en EL MISMO, *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales*, pp. 673-691, y Eduardo SOTO KLOSS *La protección de los derechos de las personas, logros y penurias (veinticinco años de jurisprudencia 1977-2002)* pp. 693-707.

<sup>2</sup> *Actas Constitucionales. Antecedentes y textos*, pp. 9-18 y 19-31, respectivamente.

un organismo de la Administración del Estado) no son “derechos subjetivos”, sino *potestades*, esto es, *poderes-deberes* que deben ejercerse con dicha finalidad cuando se produzcan esas necesidades, puesto que se trata de “poderes jurídicos *finalizados*”, es decir, con el fin de procurar el bien de los miembros de la comunidad<sup>3</sup>. ¿Cómo, entonces, permitir y aceptar esa legitimación activa de organismos de la Administración el Estado? Si carecen propiamente de derechos fundamentales, ¿cómo recurrir de protección, lo cual supone, de suyo, un agravio –como acción u omisión– en el legítimo ejercicio de un derecho de aquellos amparados por el artículo 20 de la Constitución? Si carecen de derechos fundamentales, ¿qué protección pueden pretender, entonces?

*E pur si muove!* No obstante lo dicho, que es indiscutible e inconcusos, la Corte Suprema ya desde los inicios del recurso de protección ha admitido que un organismo de la Administración del Estado recurra de protección en contra de otro organismo de la misma Administración del Estado si estima que la actuación de éste le ha agraviado en alguna de sus “potestades”, amparándolo el juez supremo al estimar que un “derecho” suyo (sic!) [de aquellos que las personas naturales poseen y se encuentran protegidos por esta acción] ha sido agraviado de modo ilegal y/o arbitrario, adoptando al afecto una “medida” de protección a su respecto.

El primer caso que encontré en el comienzo de la práctica de la protección fue *Sindicatura de Quiebras de Concepción c/ Inspección del Trabajo de Concepción*, protección acogida ante una multa que esta última cursara a aquélla y que fuera declarada ilegal dejándosela sin efecto<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Sobre la noción y características de las llamadas “potestades públicas”, especialmente administrativas, Eduardo SOTO KLOSS, *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales*, vol. 2°, pp. 47-63. Valga recordar que en varias ocasiones la Corte Suprema ha reiterado que las potestades públicas no constituyen un “derecho de propiedad” de los organismos públicos, como en *Conaf c/ Nave Isla Santa Margarita*, en RDJ t. 89/1992, 2.5, 142-153, y *Alcalde de la Municipalidad de Cerrillos c/ Contraloría General de la República*, en idem 7.97/2000, 2.5, 98-102, en el cual se señala expresamente y con mucha precisión jurídica (consid. 11° del fallo de la Corte Suprema que revocando el de primera instancia, 27.3.2000, que acogía la protección deducida, rechaza la pretensión de amparo) “que las potestades o atribuciones del Alcalde –que según lo sostiene el recurso [de apelación] se hallan incorporadas a su patrimonio o al del municipio y le han sido desconocidas– carecen, por su propia naturaleza, de todo contenido patrimonial; por ser potestades públicas no se han generado en ninguna relación jurídica, como los derechos y obligaciones civiles, sino que proceden directamente del ordenamiento jurídico, que las otorga para que los órganos públicos cumplan con la función que les ha sido asignada; resulta, entonces, evidente que son absolutamente ajenas al ámbito patrimonial del Alcalde o de la Municipalidad” (cursivas nuestras).

<sup>4</sup> Eduardo SOTO KLOSS, *El recurso de protección. Origen, doctrina y jurisprudencia*, pp. 407, 421 nota 28; fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción de 11.11.1977, confirmada por la Corte Suprema el 17.11.1977, rol 12.894. Sobre la posibilidad de que

Ya respecto de recursos de protección deducidos por las Municipalidades la jurisprudencia los ha admitido, en general, sin mayores problemas<sup>5</sup>. El caso que comentamos enfrenta a la Municipalidad de Valparaíso ante un agravio que habría sufrido a raíz de un dictamen de la Contraloría Regional porteña que le ordenaba devolver un derecho municipal que había cobrado por el estudio y análisis de una comunicación de una empresa de telefonía celular (Nextel S. A.) de instalación de una antena en la Comuna por un monto de 500 UTM (un cobro a todas luces desproporcionado y carente de razonabilidad, pues lo había aumentado desde 28 UTM), dictamen del que la Municipalidad pidiera reconsideración a la Contraloría General de la República, la cual la rechazara. Ante ello, la Municipalidad recurre de protección en contra de los dos dictámenes aludidos.

2. Aquí hay un segundo punto digno de interés y que la Corte Suprema resuelve acertadamente al menos en cuanto –reiterando un fallo anterior (cita al efecto el rol 10.499-2011, de 12.1.2011)– establece lo que ya desde hace muchos años y en variadas ocasiones había claramente establecido en orden a que el recurso de protección es plenamente procedente frente a actuaciones de la Contraloría General de la República (y de las Contralorías Regionales).

En efecto, si bien en el inicio de la práctica de esta acción constitucional se pretendió que la Contraloría General no podía ser sujeto pasivo de esta acción, muy pronto se revirtió esa posición atendido el claro tenor del artículo 20 de la Constitución que no distingue su procedencia según el ofensor y, además, que sus dictámenes son actos administrativos propiamente tales y puesto que producen efectos jurídicos pueden producir agravios en los derechos que la Constitución reconoce a todas las personas<sup>6</sup>. Tan es así que se ha recurrido de protección muy numerosas veces en contra de sus dictámenes como también en contra de sus actos administrativos, trámites como son la llamada “representación”, la conocida

---

los organismos de la Administración del Estado puedan recurrir de protección puede ser de interés recordar lo que quedó constancia en la Comisión Ortúzar en su Sesión 202 (p. 23) en cuanto a que “las garantías se refieren a los particulares... Todo el capítulo que está estudiándose consiste en garantías que el Estado reconoce a los particulares”; de interés, también, Manuel Antonio NÚÑEZ, *Titulares y sujetos pasivos de los derechos constitucionales*, pp. 200-208; respecto especialmente de los municipios ello ha sido criticado fundadamente por Sebastián Lewis en *Sobre la legitimación de los órganos del Estado para interponer un recurso de protección y alzarse judicialmente en contra del órgano contralor*, pp. 129-152.

<sup>5</sup> Entre esos casos de protecciones deducidas por Municipalidades podemos indicar, entre otros, por su interés, *Alcalde de la Municipalidad de Cerrillos c/Contralor General de la República* cit., que fuera rechazado; o *Municipalidad de Iquique c/ Eliqsa S. A.*, en idem t. 102/2005, 2.5, 1136-1142, igualmente rechazado, o aún *Municipalidad de Zapallar c/ Contraloría General de la República*, Corte Suprema 3.7.2012, rol 2791-2012, acogido.

<sup>6</sup> Eduardo SOTO KLOSS, *El recurso de protección*, pp. 365-396.

“toma de razón”, que integran ambas el procedimiento de elaboración de los actos administrativos (emitidos bajo la forma de “decretos” o “resoluciones”/art. 87 Constitución), como asimismo el llamado “registro” (de nombramientos de funcionarios municipales), ya que no cabe duda que todos ellos son actos administrativos, deciden algo, resuelven algo y se imponen en sus efectos jurídicos (vid. v. gr. Ley 10.336, orgánica constitucional de la Contraloría General de la República., arts. 6°, 9° y 19, como también la Ley 18.575, orgánica constitucional de Bases de la Administración del Estado, art. 10)<sup>7</sup>.

Lo que sí *merece rechazo* es la afirmación que hace el fallo en su considerando 6° respecto de los que imagina que son “tipos” de dictámenes que emitiría la Contraloría General de la República, en cuanto “inventa” que habría tres clases o tipos de dictámenes contralores (que como hemos visto son actos administrativos y, por ende, recurribles), a saber

- a) dictámenes constitutivos de decisiones, “verdaderos actos terminales”,
- b) dictámenes que constituyen “actos trámites” que pueden dar lugar a actos administrativos posteriores, y
- c) aquí viene lo erróneo: “dictámenes que no son creadores de derecho y que tienen por objeto instruir a la Administración respecto

<sup>7</sup> Sobre protecciones deducidas en contra del acto trámite “representación”, entre otros, *Sociedad de Servicios Urbanos* en RDJ t. 86/1989, 2.5, 102-107; *Cofré Silva*, idem 186-191; *East Fernández*, t. 87/1990, 2.5, 163-169 y nota en 163; *Bell Avello*, t. 88/1991, 2.5, 275-281; *Duarte Serrano*, t.90/1993, 2.5, 9-12; *Plata Cisterans*, idem 239-244; *A. Denham y Cía. Ltda.*, t. 93/1996, 2.5, 187-199; *Czichke del Pozo*, t. 97/2000, 2.5, 194-199; *Carrasco Carriel*, t. 100/2003, 2.5, 143 nota; *Castellblanco Koch* (Corte de Apelaciones de Valparaíso, 16.1.2006, rol 526-2005 acoge protección y Corte Suprema, 27.3.2006, rol 600-2006, confirma. En estas protecciones cuando son acogidas el tribunal ordena a Contraloría tomar razón del decreto o resolución en que incidía dicha representación, declarada ilegal. Aun cuando se trata de un fallo recaído en el llamado “amparo económico” (Ley 18.981/11.3.1990, artículo único) presenta interés en este aspecto el considerando 22 de *Asociación de Exportadores y Embotelladores de Vinos A. G.* (Corte de Apelaciones de Santiago, 25.5.1996, aprobada en consulta por la Corte Suprema el 19.6.1996, en RDJ t. 93 /1996, 2.5, 140-153) en el cual se consigna que el hecho de que un determinado decreto o resolución haya sido tomado razón por la Contraloría General de la República no obsta a que los Tribunales revisen su juridicidad en virtud de sus potestades (art. 73 de la Constitución) o en virtud de aquellas acciones que le dan competencia específica (v. gr. protección, art. 20) o de nulidad de derecho público (arts. 6° y 7°). Sobre protecciones dirigidas a impugnar el trámite del “registro”, referente a actos administrativos concernientes a funcionarios públicos, actos los cuales están exentos del trámite de toma de razón, vid. entre otros, *Villarroel Villarroel* en RDJ t. 85/1988, 2.5, 68-72; *Veloso Merino*, t. 92/1995, 2.5, 54-61; *Escobar Contreras*, idem 112-114 (más casos en nota); *Jofré Roldán*, t. 93/1996, 2.5, 16-21; *Hormazábal Gómez*, t. 95/1998, 2.5, 179-186 (más casos en nota p. 181); *Cabrera Ortiz*, t. 97/2000, 2.5, 128-131; *Albornoz Villaman*, t. 100/2003, 2.5, 188-193.

al alcance o interpretación que debe darse a algún precepto legal, tipo de dictámenes que no cabe dentro de la definición de acto administrativo de la Ley de Procedimientos Administrativos, ya que la alusión de su artículo tercero inciso sexto está referida, cuando habla de ‘dictámenes o declaraciones de juicio’, a actos o dictámenes de naturaleza particular, y aquellos son equivalentes a verdaderas circulares”.

Y agrega, en clara contradicción consigo mismo, este considerando 6°:

“Tratándose de estos últimos lo que puede afectar las garantías constitucionales es la aplicación que cada Servicio de la Administración haga del dictamen pero éste en sí mismo no produce tal efecto salvo en cuanto pueda constituir una amenaza”.

Cierto es que este considerando 6° transcribe parte de los considerandos 5° y 6° de un fallo anterior de 12.1.2011 cit. que repite sin mayor análisis (yerra el texto del fallo porque es del 2012 y no 2011).

2.1. Lo que debería haber recordado la Corte Suprema –supuesto que lo sabe– es que los dictámenes, según la propia jurisprudencia contralora, son actos administrativos *interpretativos* en los cuales la Contraloría “interpreta” sea un cuerpo legal, sea –lo más frecuente– un o unos preceptos legales (y también reglamentarios, conforme con lo que dispone el art. 6° inc. 1° de su ley 10.336) en un caso concreto sometido a su conocimiento. Esto es, determina, precisa, establece, el sentido y alcance de ese o esos preceptos legales o reglamentarios para ser aplicado “por” la Administración o “a” ella, interpretación vinculante para el organismo que solicitó la consulta o le es aplicable, pero, al mismo tiempo, para toda la Administración sujeta a su fiscalización, en cuanto “jurisprudencia administrativa”. De acuerdo con una abundante jurisprudencia contralora en este punto, un dictamen “interpreta” textos legales o reglamentarios, y también preceptos de la Constitución, obviamente, desde que ésta misma en su artículo 88/99 ha dispuesto que en el trámite de “toma de razón” de decretos y resoluciones el Contralor General debe “representarlos” si estima que son contrarios a la Constitución o la ley, señalando que si la “representación” es por adolecer de inconstitucionalidad un decreto presidencial no cabe insistencia a su respecto por parte de su autor, sino éste debe acudir, si lo estima pertinente, al Tribunal Constitucional para que éste decida el diferendo (art. 82 N° 5 /93 N° 9).

Desde el momento que se trata de un acto “interpretativo” no cabe hacer distingos en los dictámenes contralores en el sentido que lo hace este fallo, siguiendo un fallo anterior. Si es interpretativo no cabe racionalmen-

te sostener que es un acto administrativo “terminal”, es decir que decide una determinada pretensión de un interesado o en su caso absuelve una consulta de un determinado Jefe de Servicio en orden a la aplicación del Derecho por parte de dicho organismo administrativo. La Contraloría no ejerce al emitir dictámenes una “función ejecutiva” como un organismo de la Administración; su misión es de muy distinta naturaleza, ya que no es sino, a través de sus dictámenes, *uniformar* la aplicación del Derecho “por” la Administración y el que es “a ella” aplicable y ello a través de su “función interpretativa” del Derecho. Su función no puede ser más fundamental en un Estado de Derecho como es que la Administración del Estado, con sus innumerables organismos de las más variadas actividades específicas, adquiera homogeneidad frente al Derecho que aplique y que se le aplique, de tal modo que adquiera no sólo seguridad jurídica-certeza sino especialmente seguridad jurídica-estabilidad, lo que sólo es posible en la medida que exista un organismo independiente de esa Administración y con autonomía (constitucional, como en el caso de la Contraloría General de la República), que imponga a través de sus dictámenes (vinculantes) cómo ha de ser aplicado el Derecho a esa Administración según la “interpretación” que ella haga caso a caso en los asuntos sometidos a su conocimiento, pero en que, además, esos dictámenes constituyen la “jurisprudencia” administrativa, que sientan “precedentes”, siendo aplicables en los casos sucesivos que se presenten en las mismas situaciones. “Obligatoriedad” y “sistema de precedentes” es lo que ha hecho que esa uniformidad, homogeneidad, igualdad de trato, seguridad jurídica, además de una exigencia de probidad muy aguda, constituyan la originalidad de esta entidad superior de control que es la Contraloría General de la República y que ha contribuido, también, en gran medida, a la originalidad de la Administración del Estado en Chile<sup>8</sup>.

2.2. Debe también insistirse en que *los dictámenes contralores son propiamente actos administrativos* por donde se les mire, vale decir, decisiones que producen efectos jurídicos, incluso vinculantes para la Administración, sean directamente o indirectamente (como jurisprudencia administrativa). Y siendo actos administrativos –si bien *de naturaleza interpretativa*– son como tales recurribles, impugnables, ya por recursos administrativos, v. gr. reposición, llamada “reconsideración” ante la Contraloría misma, sea por acciones procesales (arts. 7º, 73/76 Constitución, art. 10 Ley 18.575). Y,

<sup>8</sup> Sobre “dictámenes” vid. mi *El recurso de protección* cit. 376-382. Sobre la originalidad de nuestra Contraloría General vid. nuestro *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* cit. 781-789. Sobre “precedentes” vid. mi *Acerca de la obligatoriedad de los precedentes en la actividad administrativa del Estado* en Revista Chilena de Derecho (RCHD) vol. 26 N° 2/1999, 399-403; también R. Céspedes Proto, *La fuerza vinculante de la jurisprudencia administrativa*, en RCHD vol. 29/2001, 149-159.

ciertamente, si esos dictámenes inciden en “actos trámites” de un procedimiento administrativo como el de elaboración de un acto administrativo de una autoridad de la Administración ejecutiva del Estado.

Tan es así que una “representación” de un decreto o resolución, que asume la forma de un “dictamen” en cuanto interpreta el Derecho aplicable en el caso concreto, produce el efecto jurídico de “impedir” la continuación del procedimiento de elaboración de un acto administrativo (de aquellos sometidos a la toma de razón) y evitar que ese decreto o resolución –propiamente un “proyecto de acto”– llegue a ser acto administrativo dada su contrariedad a Derecho (sea por inconstitucionalidad o ilegalidad). De allí que la propia Corte Suprema ha conocido protecciones en que se recurre en contra de una “representación” contralora, habiendo sido acogidas, y dejándola sin efecto, lo que significa que la Contraloría debe “cursar” dicho decreto o resolución tomando razón al efecto y continuándose así el procedimiento administrativo respectivo. Del mismo modo ha ocurrido con el trámite de “toma de razón”, el cual recurrido por protección ha sido dejado sin efecto por estimar el tribunal que el decreto o resolución tomado de razón es contrario a Derecho y debía haber sido “representado” por el organismo contralor. Si bien el trámite procedimental de la “toma de razón” no se traduce explícitamente en un dictamen formal, dado que se materializa en un simple timbre (*tomado razón*), firma del Contralor General o su subrogante legal, o Contralor Regional en regiones, y fecha, estampado en el documento (salvo si va seguido del llamado “alcance”<sup>9</sup>, implícitamente sí que lo constituye por cuanto este timbre, firma y fecha (aun sin texto escrito que exprese razonamientos, argumentaciones o fundamentaciones) significan la expresión formal de que la Contraloría estima que ese decreto o resolución *es conforme a Derecho* según la interpretación que hace al efecto respecto de la aplicación que su autor ha efectuado del derecho pertinente a la situación que decide a través de ese documento que le envía para su control de juridicidad. También es un acto administrativo procedimental o trámite el llamado “registro” que hace Contraloría respecto de bienes del Estado y funcionarios públicos, en sus registros respectivos, y que respecto de estos últimos produjera no pocos recursos de protección al menos hasta la época de 2008, con ocasión de concursos públicos de docentes municipales.

<sup>9</sup> Sobre la “toma de razón” Eduardo SOTO KLOSS *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales*, pp. 349-375 y 384-386; también Iván ARÓSTICA, *El trámite de la toma de razón de los actos administrativos*, pp. 131-168, sobre el trámite del llamado “registro” Eduardo SOTO KLOSS, *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales*, pp. 386-399. Sobre “alcance”, Eduardo SOTO KLOSS, *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales*, pp. 375-384.

Pero no debe ni cabe olvidar que esos actos contralores son *interpretativos* en cuanto implican “dictámenes”, es decir interpretan el Derecho aplicable “a” y “por” la Administración, como v. gr. cuando emite un decreto o resolución y toca a la Contraloría pronunciarse sobre su adecuación o no a Derecho, o sea sobre su juridicidad, puesto que a ella toca, entre otras funciones, por imperativo constitucional, pronunciarse sobre la juridicidad de los actos de la Administración (art. 87/98 Constitución).

2.3. Y en lo que cae en error este fallo –al recoger sin mayor análisis el fallo de 2011 citado– contradiciéndose a sí mismo, es al afirmar que un tercer tipo o clase de dictamen contralor es aquel que tiene por objeto “instruir a la Administración respecto al alcance o interpretación que debe darse a algún precepto legal” y que no cabría dentro de la definición de acto administrativo de la Ley 19.880 referida. Hay aquí una serie continua de errores:

- a) primeramente, no se advierte que la ley 19.880 define y se aplica sólo a “un” tipo de acto administrativo, a saber los que se emiten en forma de “decreto” o “resolución” y no a otro tipo de acto administrativo (no obstante serlo tanto como aquellos dos) como son v. gr. un “dictamen” contralor, un “bando” de autoridad en estados de excepción, un “acuerdo” de organismo colegiado (de un Concejo Comunal, de un Consejo del Banco Central o un Consejo Regional), una “instrucción” de tipo general que emite un Jefe de Servicio respecto de determinada actividad de sus funcionarios, una “circular” (como la del Director del Servicio de Impuestos Internos referente a los contribuyentes), un “oficio” de un órgano administrativo (v. gr. del Director de Administración y Finanzas de una Municipalidad cobrando derechos municipales de publicidad a un comerciante), y hasta tan acto administrativo como es un “visto bueno” colocado de modo manuscrito por la autoridad competente para decidir un beneficio, en la propia solicitud de un interesado particular (v. gr. protección *Roumeau Godoy c/Director del Servicio de la Vivienda y Urbanismo de la Octava Región*)<sup>10</sup>. No es cierto, en consecuencia, afirmar en el derecho chileno que dicha “instrucción” contralora no sea un acto administrativo porque no aparece en la definición de la ley 19.880, ya que nadie que algo sepa de derecho administrativo puede afirmar, en Chile, que todos esos ejemplos que recién venimos de dar no sean actos administrativos propiamente tales en toda su plenitud, como lo ha reconocido tanto la jurisprudencia

<sup>10</sup> Corte Suprema 14.9.1992, en RDJ t. 89/1992, 2.5, 264-270.



- contralora como la judicial e incluso en protección al conocer de esta acción deducida en contra de aquéllos.
- b) Una “circular” contralora que interpreta para la Administración del Estado o para un grupo de sus organismos, determinado cuerpo legal –por ejemplo, una nueva ley en determinado sector, o una modificación importante sobrevenida a una ley y que deba ser aplicada por ellos– es más que obvio que es un “acto administrativo propiamente tal”, y por cuanto “interpreta” el Derecho para la Administración dándole un sentido y alcance específico a esas disposiciones legales, constituye propiamente un “dictamen”, cuya naturaleza –como lo establece la propia Contraloría General– es “interpretativa”. Es, pues, falso que tal “circular” no sea un acto administrativo.
- c) Por último, yerra de igual modo el tribunal cuando afirma que como no es acto administrativo dicha “circular instructiva” (tercer tipo de dictamen contralor que “descubre” el fallo...) no pueda ella afectar los derechos de los particulares (“las garantías constitucionales porque no producen efecto en ellas” dice textualmente ese considerando 6°), y en tal virtud no sería impugnable ante la jurisdicción. Lo curioso es que el propio considerando citado agrega de manera expresa en seguida que sí puede afectar dicha “circular contralora”/dictamen en cuanto tal a una víctima en tanto “amenaza” al legítimo ejercicio de uno de los derechos amparados por esta acción constitucional. Si le puede afectar en tanto “amenaza” es porque se trata, primeramente, de un acto administrativo y en segundo lugar, como tal acto produce efectos jurídicos desde que lo propio de un acto administrativo es producir efectos jurídicos, esto es, “impactar” en las situaciones jurídicas de terceros, sea en su beneficio o bien en su detrimento o perjuicio o gravamen. De allí que si se le reconoce la naturaleza de “dictamen” –como no puede ser menos– se está reconociendo, asimismo, su naturaleza de “acto administrativo” y, por tanto, que produce efectos jurídicos directos y, por ende, puede agraviar, lo cual conlleva la necesaria consecuencia de ser recurrible, impugnable y llevado a los tribunales para su control de juridicidad definitivo a través de una sentencia que produce cosa juzgada.

Esta tricotomía de “dictámenes” no pasa, pues, de ser un mero “divertimiento” de un tribunal tal vez aburrido en ese caso que le tocó conocer y resolver y quiso entretenerse inventando clasificaciones incluso inútiles jurídicamente hablando y hasta posiblemente perversas si se llega a la afirmación de no ser impugnable determinado acto administrativo contralor,

cuando es *principio general irrecusable* de nuestro derecho público que *todo acto administrativo es impugnabile*, sea por vía de recursos administrativos, sea por acciones procesales ante los tribunales de la República, como lo afirma la Constitución (arts. 7° y 73/76) y la ley 18.575 (arts. 2°, 3° inciso 2° y 10) y lo ha reconocido expresamente hasta el propio Tribunal Constitucional<sup>11</sup>.

3. Otro punto que aparece de modo alguno aceptable es lo que el fallo decide en su considerando 8° haciendo suyo un fallo anterior de 2011 (rectius 2012). Se trata del tema referente al cobro que hace la Municipalidad de Valparaíso de 500 UTM por derechos municipales a raíz de la “revisión de la documentación del aviso de instalación de antena de telefonía celular” que presentara Nextel S.A., y que ya contaba con la autorización del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones. Ha de hacerse presente que dicha Municipalidad modificó su Ordenanza Local de Derechos Municipales por concesiones, permisos y servicios, elevando el monto de dicho derecho de 28 UTM a 500 UTM, sin darse justificación o fundamento alguno por tan desproporcionada alza ni haber existido participación alguna de la comunidad vecinal o de los interesados. Ha sido ejercicio del más desenfadado voluntarismo, lo hizo porque así lo determinó, sin dar razón alguna de ello, sólo porque así le plugo (*quod principi placui* diría un legista imperial romano...).

Lo extraño y sorprendente es que el tribunal [citando siempre aquel fallo de 2011, en que se inspira, recaído en una casación deducida en un “reclamo de ilegalidad municipal”, acción de naturaleza distinta a la protección, con pretensiones diferentes y potestades jurisdiccionales contrapuestas a las conservadoras de la protección, cosa que parece no haber sido advertida por los magistrados supremos] reconoce que el hecho mismo de la fijación del monto de ese derecho municipal no puede quedar ajeno a los controles de la razón, al punto de tolerar lo manifiestamente incoherente, discriminatorio o disparatado (considerando 8°, citando el considerando 13 de aquel fallo de 2011), pero que en ese procedimiento de reclamación no cabía pronunciarse por tratarse de un “hecho” que como tal escapa al control del tribunal de casación y ello parecería sensato en ese procedimiento. Pero lo que no es en absoluto aceptable, por ser

<sup>11</sup> Tribunal Constitucional, sentencia del 4. 8. 2011, rol 2009, considerandos 31 y 32; en este último se afirma expresamente “el principio general de que todo acto administrativo es reclamable”, principio que en el considerando 31 le llama de “impugnabilidad de los actos de la Administración”. Valga señalar que este “divertimento” ha tenido dos precedentes muy próximos como han sido *Municipalidad de Zapallar c/Contraloría General de la República* cit. y *Encina Eade y otra c/Contraloría Regional de Tarapacá y Dirección del Servicio de Salud de Iquique* (/Corte Suprema 12.1.2012, rol 10.499-2011).

enteramente erróneo, es que en estos *autos de protección* se haya adoptado la misma solución, sin darse cuenta que en este proceso constitucional el tribunal supremo posee al respecto *potestades jurisdiccionales conservadoras* y, por tanto, debía pronunciarse necesariamente sobre lo disparatado del monto referido de 500 UTM por la prestación municipal, que era el punto en disputa. *Hay un error muy grave* cuando el fallo señala que ello no procedía “discutirlo en esta sede” de protección (copiando el fallo referido, ajeno al tema de protección), porque es en esta sede en que el tribunal precisamente es competente para pronunciarse y decidir sobre hechos y derecho, dada la amplitud que significa una pretensión de amparo como la que se ejerce a través del llamado “recurso de protección” y las potestades jurisdiccionales correspondientes con que está dotado el tribunal. Su deber era justamente inmiscuirse, como lo había hecho con rigor la Contraloría Regional de Valparaíso y luego la Contraloría General de la República al ejercer sus potestades contraloras sobre la aludida actividad municipal; y es que el tema central del *quid procesal* consistía en determinar si ese cobro, con ese monto, tenía fundamento y era razonable, lo que de haber dedicado su atención a ello el tribunal no habría podido sino concluir que aparecía arbitrario, carente de justificación racional, y desprovisto de toda coherencia con el trabajo que realiza la autoridad edilicia al efecto de comprobar la veracidad de los antecedentes que se le presentan por el requirente. Al tribunal le pareció más fácil copiar los considerandos de otro fallo parecido, pero sin advertir ni mínimamente que contenía pretensiones, procedimientos y potestades jurisdiccionales diferentes a la protección de este caso, o sea *enteramente inaplicable* en derecho a la presente protección deducida, y despachar el tema controvertido diciendo que la discusión de ese monto “no comprende discutirlo en esta sede” de protección (considerando 8° in fine, simplemente con el expediente del “copiar y pegar”...).

Y así, en tal virtud –o sea escabullendo el *quid* del tema– decide que el dictamen de la Contraloría General de la República que rechazó la reconsideración planteada por la Municipalidad de Valparaíso del dictamen de la Contraloría Regional de Valparaíso que le ordenaba devolver el monto referido al interesado por ser improcedente ese cobro de tal magnitud, era *ilegal* por cuanto la Municipalidad recurrente de protección era competente para cobrar derechos municipales por la prestación solicitada, no encontrando el juez supremo (considerando 9°) que el ejercicio de la potestad de fijación de derechos municipales hubiera sido ejercido de manera infundada, injusta o producto de un capricho [sin que se expresara razonamiento alguno que fundamentara esa afirmación], por lo cual no habría en dicha fijación un acto ilegal o arbitrario, no obstante

que con anterioridad sólo cobraba 28 UTM. Y dichos dictámenes controladores serían ilegales

“al haber establecido la recurrida una diferencia arbitraria en relación con otros contribuyentes que en la misma posición jurídica pagan los derechos municipales que se le regulen”

lo que vulnera el artículo 19 N° 2 de la Constitución, por lo cual los deja sin efecto.

Verdaderamente sorprende que se ampare al Municipio recurrente por este derecho que le habría sido conculcado por las Contralorías Regional y General en circunstancias que en el proceso de protección no aparece ningún otro contribuyente como parte y sin que nadie hubiera solicitado tal protección como tal. Es decir, se ha protegido a quien nada ha pedido al tribunal, a quienes ni siquiera se han apersonado ante él y sin que el tribunal se encontrara solicitado por el agravio del derecho que finalmente termina protegiéndolo y, lo que es peor aún, que ni siquiera le es aplicable a la Municipalidad que recurre, desde que lo que realmente le agraviaba era que debía devolver lo cobrado, es decir la “propiedad” sobre esos dineros que ya había recibido (art. 19 N° 24, en la medida que se acepte que es un “derecho de propiedad” lo que posee un organismo estatal administrativo sobre los fondos que recibe del presupuesto de la Nación o adquiere por su propia actividad).

Una vez más nos encontramos con la sorprendente actividad jurisdiccional suprema, ahora en protección, en que simplemente se ampara en protección a un Municipio que pretende efectuar cobros de montos disparatados por derechos municipales, sin que sea controlado en su fijación expoliatoria y que cuando interviene la Contraloría General de la República para poner coto a esa arbitrariedad –ejerciendo las facultades que al efecto el ordenamiento le ha atribuido– un tribunal y supremo, sin fundamento racional y aplicando soluciones que son propias de otras acciones procesales, con otros procedimientos y otros poderes jurisdiccionales, otorga protección transcribiendo considerandos de fallos anteriores inaplicables en estos procesos de amparo de derechos fundamentales e incluso con argumentaciones incoherentes.

Cuánto interés tiene, pues, comentar con detención fallos judiciales y especialmente si son supremos; allí uno puede conocer verdaderamente lo que son los jueces, su destreza o desconocimiento en el manejo del derecho público y cómo pueden llegar hasta confundir conceptos, procedimientos y pretensiones procesales en este campo, con grave perjuicio del Derecho como instrumento de justicia (y no instrumento de poder

o de dominación) y de la protección de los derechos de las personas, que es, en último término, por lo cual existen el Derecho mismo y hasta los mismos jueces.

### *Bibliografía*

- ACTAS CONSTITUCIONALES. *Antecedentes y textos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1977.
- ARÓSTICA, Iván, “El trámite de la toma de razón de los actos administrativos”, *Revista de Derecho Público* N° 49 (1991) pp. 131-168.
- CÉSPEDES PROTO, Rodrigo, “La fuerza vinculante de la jurisprudencia administrativa”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 29/2001, pp. 149-159.
- LEWIS, Sebastián, “Sobre la legitimación de los órganos del Estado para interponer un recurso de protección y alzarse judicialmente en contra del órgano contralor”, *Revista de Derecho Administrativo* (Chile) N° 8/2013, 129-152.
- NÚÑEZ, Manuel Antonio, “Titulares y sujetos pasivos de los derechos constitucionales”, *Revista de Derecho Público* 63/2001, pp. 200-208.
- SOTO KLOSS, Eduardo, *El recurso de protección. Origen, doctrina y jurisprudencia*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1982.
- SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales*, Santiago, Abeledo Perrot-Thomson Reuters, 3ª edición, 2012.
- SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales* (2 vols.), Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996.
- SOTO KLOSS, Eduardo, “Acerca de la obligatoriedad de los precedentes en la actividad administrativa del Estado”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 26 N° 2/1999, pp. 399-403

# Recensiones

---

Derecho Público Iberoamericano  
Universidad del Desarrollo  
N° 6 | 2015

VALENTINE ZUBER, *AU SPECTACLE DES DROITS DE L'HOMME*,  
PARIS, GALLIMARD, 2014, 366 pp.

J.G. Boher

Le récent essai de Valentine Zuber sur la nature et la valeur des droits de l'homme, en particulier tels qu'exprimés dans la déclaration de 1789, s'inscrit à dans la pensée laïque républicaine classique. Il réalise à sa manière une synthèse assez remarquable de la glose révolutionnaire, cette brume qui prétend s'illuminer à mesure qu'elle s'épaissit. L'idéologie des droits de l'homme est un oxymore: elle est destinée à abolir et remplacer toute religion, mais ne peut le faire qu'en s'instituant elle-même une religion - ou un "culte", pour reprendre la terminologie de l'auteur, dont l'ouvrage eût pu d'une manière plus franche s'intituler "*contribution au culte des droits de l'homme*". En effet, ce qu'on ne peut lire que comme une défense des droits de l'homme formels ne s'attache à aucun moment au fond de ces droits ni à leur originalité ou à leurs apports concrets. Ils sont typiques de la divinité par leur inaccessibilité et leur rendre l'hommage qui leur est dû semble bien être le seul horizon auquel s'est attachée Valentine Zuber. Si elle semble s'être efforcée de relater les grands débats et les oppositions d'idées qui ont émaillé l'histoire du texte et de l'idéologie qu'il porte, cet exercice n'est guère convaincant car il ne s'attaque jamais à la signification mais toujours à l'enveloppe du message, sacralisée à l'envi.

Au-delà du récit historique de la construction et de l'épanouissement du culte des droits de l'homme, notre sociologue tire, tout long de son ouvrage, des bords entre critique des critiques et apologétique de l'œuvre révolutionnaire. Joseph de Maistre est le premier monument de la pensée contrerévolutionnaire auquel elle se confronte. Celui-ci, explique-t-elle, s'est contenté de se tromper sur la nature de la Restauration: non pas, *in fine*, le "contraire d'une révolution" mais la simple manifestation d'une résistance mécanique au souffle irrésistible du génie triomphant de la divine huma-

nité. Comme Benjamin Constant en son temps, réduisant l’histoire à un torrent qui ne saurait revenir sur lui-même, elle prête aux principes de la révolution française un caractère irréversible, un sens unique, obligatoire et inévitable, ce que conforte le constat que

“la fin de l’Empire et les bouleversements politiques et militaires des années 1814- 1815 [...] n’ont pas été exempts de violences et de règlements de comptes, ni d’une réévaluation du rôle de l’individu, acquis central et définitif de la période évolutionnaire” (p. 63).

Ce qui signifie, dit d’une autre manière, que le double tort de la réaction réside dans l’usage d’une violence à la fois illégitime et insuffisante. Insuffisante car n’anéantissant pas ses adversaires.

Illégitime car s’opposant à l’immanence du culte de l’humanité, seul culte que saurait admettre la droite raison. Le *définitif* la révolution s’applique bien sûr d’abord à la violence par laquelle elle assure son triomphe.

S’attaquant ensuite à Hippolyte Taine, elle écarte les critiques qu’il a formulées en les ramenant à des attaques contre de prétendus

“faux principes de liberté et d’égalité des hommes, incarnés par la proclamation éminemment dangereuse pour l’ordre social de la toute-puissance de la souveraineté populaire” (p. 67).

Puis elle concède finalement qu’en

“montrant que l’œuvre des révolutionnaires avait été finalement nuisible à l’épanouissement des libertés individuelles pourtant sacralisées dans le texte théorique, mais selon lui particulièrement inefficace de la DDHC, Hippolyte Taine a essayé de nous faire entendre une voix nouvelle et originale. Elle n’a pas été comprise par le milieu républicain français de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle” (p. 82).

On notera à cet endroit trois témoignages d’une profonde mauvaise foi (l’incompétence ne saurait être imputée à cette universitaire réputée). D’abord, alors même qu’elle n’ignore pas Alphonse Aulard, Valentine Zuber cherche à faire de Taine un simple incompris. Il le fut en réalité si bien que la république inventa, dans le but premier de discréditer son œuvre, la chaire d’histoire de la révolution française. Et du reste, l’université française n’a pas à ce jour, c’est le moins que l’on puisse écrire, réhabilité l’auteur des *Origines de la France contemporaine*, tâche à laquelle l’auteur ne paraît pas non plus pressé de s’atteler, Deuxièmement, et il s’agit d’un trait



caractéristique de l'ouvrage, pas un instant n'est abordé le fond du projet "droits de l'homme et du citoyen", ce dont Taine ne s'est, lui, pas abstenu. Enfin, ce n'est pas dans "la toute-puissance de la souveraineté populaire" que Taine a vu l'horreur terroriste, mais, préfiguration des siècles à venir, dans l'action occulte de groupuscules idéologiques suscitant passions, désordres et violences par les promesses, la corruption et les mensonges (c'est tout un). C'est probablement pour ces trois mêmes raisons que l'ouvrage ne contient pas la moindre allusion à l'œuvre d'Augustin Cochin, semblant montrer *a contrario* que la critique de ce dernier, réfutant Aulard jusqu'à dévoiler son imposture, ne pouvait pas être minimisée, déformée ou récupérée.

D'autres critiques ont davantage vu, tel Thomas Ferneuil (1889), dans le texte de la déclaration de 1789, un texte ou bancal ou incomplet, ne relevant pas de l'organisation politique mais traitant de principes moraux avec une forte tendance à l'abstraction. Ainsi constate-t-il que "les principes contenus dans la DDHC relèveraient

"plutôt d'un traité de morale ou de philosophie politique, certainement pas de l'organisation d'une société qui n'a pas besoin de fondements métaphysiques pour fonctionner" (p. 110).

Avec lui, Jean Jaurès et bien d'autres républicains de gauche ressentiront un malaise à la sacralisation du texte de la déclaration.

On le comprend d'autant mieux que la République n'a pu s'affirmer qu'en violant allégrement ses propres principes. Il semble même, n'en déplaise à l'auteur, que les mouvements de sacralisation du texte comme du concept ont d'abord servi à légitimer les violences; la sinistre procession des déclarations de droits de 1789 et 1791 dans Paris à l'été 1792 n'a pas précisément inauguré une période de concorde et de paix.

La longue liste des contempteurs de l'idéologie des droits de l'homme auxquels Valentine Zuber se confronte se termine, en fin d'ouvrage, par le plus contemporain d'entre eux. Une longue évocation de la critique d'Alain de Benoist, curieusement surdimensionnée, se conclut sur le constat que son

"discours rationnel et argumenté n'a pas réussi à dépasser le cadre du simple essai et l'on peine à retrouver les résonances de ces propositions politiques dans le débat mondial" (p. 345).

Ces derniers mots posent sans ambiguïté la question des libertés à l'échelle universelle pour y répondre par l'affirmation du modèle des droits de

l'homme occidental –et républicain français en particulier– comme seuls conception et modèle possibles d'organisation des libertés. On s'arrêtera ici à quatre réflexions. La première est que les occidentalistes estiment détenir à bon droit les clés d'un (hypothétique) "débat mondial" et à ce titre y invitent ou non qui bon leur semble. Emmanuel Todd a remarqué récemment à ce sujet que "les occidentaux agressifs qui veulent imposer leur système de mœurs à la planète doivent savoir qu'ils y sont lourdement minoritaires". Cette lucidité inspirerait avantageusement notre sociologue.

Deuxièmement, que l'on partage ou non les idées d'Alain de Benoist n'y fait rien: il demeure dans le monde l'un des essayistes français les plus lus. Troisièmement, il est assez curieux de se référer si longuement à la critique de cet auteur tout en ignorant radicalement les positions que l'Église catholique a tenues durant près de deux siècles, indiquant probablement de ce fait qu'elle n'était pas même digne d'être invitée à un *sous-débat régional* du passé. Enfin, quatrièmement, l'auteur fait l'économie de tout examen critique de la politique occidentale d'expansion et d'imposition de son modèle. Constat d'échec en creux ?

En passant de la confrontation des idées (au demeurant fortement biaisée) à l'apologie et à la défense des droits de l'homme, l'essayiste dévoile l'intention de ses instigateurs, dont l'obsession est la destruction du culte chrétien authentique. Or celle-ci passe, alternativement, au gré des circonstances, des objectifs ponctuels et des rapports de force, soit par sa mise en tutelle, soit par son remplacement. Mais l'une et l'autre n'imposent pas les mêmes rôles à la même idéologie. Ainsi les droits de l'homme sont-ils alternativement érigés en ordre religieux transcendant ou en ordre social immanent. Au long des pages une curieuse forme de schizophrénie se manifeste. La religion des droits de l'homme est une religion irrégulière. Elle hait l'ordre supérieur mais ne peut s'imposer que comme ordre supérieur, elle combat le dogme mais dogmatise la négation du dogme, elle refuse tout clergé mais ne peut subsister sans ses clercs, elle ne peut imposer de libertés sans en supprimer, elle ne peut s'imposer en vérité sans mensonge, s'instituer religion sans en être une parodie. La conclusion de l'ouvrage est d'une grande insipidité: la déclaration de 1789,

"en continuant de servir de référence identitaire commune à une nation tout entière, [...] constitue une exigence morale et politique nécessaire à la gestion la plus harmonieuse possible des modalités du vivre ensemble dans une société plurielle. Afin de ne pas être une arme politique et de permettre à tous, sans distinction de race, de sexe et de religion, d'y adhérer pleinement et sans arrière-pensées, la DDHC doit cependant être interprétée de la manière la plus souple et libérale possible" (p. 366).

Elle confère *in fine* le simple rôle de plus grand dénominateur commun d'une société à un texte qui ne signifie plus rien par lui-même puisque susceptible des interprétations les plus larges. Il est vrai que la référence identitaire est bien fragile et se nourrit essentiellement de la charge émotionnelle que ses clercs entretiennent par le jeu d'une autocélébration permanente ponctuée de grands spectacles. Ainsi, en s'évertuant à prouver l'adhésion des masses au texte et au projet des droits de l'homme pour démontrer leur excellence intrinsèque, Valentine Zuber démontre surtout que cette adhésion même est le produit d'artifices manipulatoires pathétiques. Les preuves qu'elle avance, rassemblements festifs sur fonds publics, sondages de commande ou révolutions contemporaines bidon démontrent surtout que l'idéologue-juge a une foi illimitée dans les preuves sur mesure que lui-même fabrique.

L'ordre nouveau qu'ont traduit les diverses déclarations révolutionnaires des droits de l'homme s'est vu imposer, pour se conforter, la nécessité de compléter le domaine politique qui était le sien par une morale propre. Et cette morale a été portée et défendue par une contre-Eglise, une religion nouvelle, qui se présente comme naturelle et spontanée. Ainsi Valentine Zuber, véritable prêtresse des droits de l'homme, nous enseigne

“que cette religion civile, impensé de la tradition républicaine française, s'est imposée d'elle-même dans la pratique politique, éminemment sacralisée en France. Elle comporte ainsi des dogmes (non assumés comme tels évidemment) qui se résument aux valeurs énoncées dans la devise républicaine “liberté, égalité, fraternité” auquel s'est récemment ajouté la Laïcité” (p. 362).

Et ce dernier ajout est particulièrement opportun, car

“depuis quelques années, [les valeurs républicaines] se sont [...] vues miraculeusement réchantées, grâce à l'apparition d'un nouvel ennemi à circonvenir, l'Islam” (p. 365).

Décidément, une opportunité sympathique, un spectacle proprement enchantant, une “divine surprise”.

GUSTAVO ZAGREBELSKY, *CONTRO LA DITTATURA DEL PRESENTE*, BARI-RORNA, LATERZA, 2014, 136 PÁGS.

Juan Cayón

Gustavo Zabrebelsky (1943), catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Turín y magistrado del Tribunal Constitucional italiano entre 1995 y 2004, es autor de una amplísima obra de la que quizá destaque, por su difusión, *El derecho dúctil* (1992). Una de sus tesis centrales es la incompatibilidad entre filosofía y democracia, así como que evocar hoy el derecho natural significa lanzar un grito de guerra civil: la verdad y la justicia dividen mientras que el relativismo –al permitir a cada uno hacer lo que quiere– no crearía problemas a la convivencia. En otras palabras, ha comentado el profesor Danilo Castellano, la sociedad pluralista contemporánea no podría admitir la llamada al derecho natural porque en ella conviven diversas y opuestas concepciones de la vida y el bien. No se puede, pues, individuar el principio del derecho, a lo sumo registrar opciones compartidas; y la verdad no es sino el producto momentáneo de las identidades sociológicas: todo debería “leerse” en plural. Sin embargo, contradiciéndose, el mismo Zabrebelsky señala que debe buscarse lo que es bueno y justo. De ahí el comentario de Castellano:

“Negar que el hombre sea en su esencia un ser racional (y social) y, por ello, un ser responsable, significa negar la posibilidad de la experiencia jurídica, para seguir la utopía de la libertad moderna, que coherente pero absurdamente postula la inexistencia del derecho natural. El nihilismo absoluto que está en la base de esta afirmación se autorrefuta no sólo en el plano teórico sino también en el práctico, cuando debe transformar la experiencia jurídica en una experiencia cualquiera del poder formalmente ejercido pero nunca verdaderamente justificado y fundado”.

Repárese, además, que las observaciones de nuestro colaborador se refieren a una obra que lleva por título *Contra la ética de la verdad*.

Parece que las contradicciones de Zabrebelski no han parado ahí. Pues en el libro que presentamos a nuestros lectores se manifiesta “contra la dictadura del presente”, reclamando –así reza el subtítulo– “un discurso sobre los fines”, que reputa “necesario”. La primera parte, en once capítulos, plantea el problema en la coyuntura contemporánea: “si el medio y el fin terminan por coincidir”, “el Estado en el tiempo de la finanza”, “la serpiente del nihilismo al mando”, “ambigüedad de la democracia: gobierno del pueblo o por el pueblo”, “la forma democrática sin sustancia política”, “la Constitución vaciada”, “la persistencia de las oligarquías”, “las nuevas vueltas del poder”, “servilismo democrático”, “valores contra intereses” y “la democracia pese a todo”. La eterna cantinela de elevar tronos a las premisas y cadalsos a las conclusiones... O no, pues el discurso sobre los fines que se pretende ahogado por la tecnocracia, parece ser... el de la democracia. Que niega el fin, de ahí el plural del subtítulo. Una segunda parte mezcla textos de Platón y Aristóteles con otros de Bobbio, Rosanvallon o Canafora. Por fin está todo claro. Una serie de gráficos y cuadros cierran el volumen.

WARREN H. CARROLL, *A HISTORY OF CHRISTENDOM*;  
FRONT ROYAL, CHRISTENDOM PRESS, 2004-2013 (6 VOLS.)

*Eduardo Romero*

El año pasado, Christendom Press publicó el sexto y último volumen de la *Historia de la Cristiandad* de Warren H. Carroll, fallecido en 2011. Editado por Anne Carroll, su esposa, este volumen póstumo concluye la obra que comenzó en 1985 y que no es, pese a servirse de los reinados de los pontífices como hilo cronológico, una historia de la Iglesia, ni de la Fe cristiana en sí, sino de su manifestación en el orden público: es una historia de la Cristiandad, “escrita por un católico desde la perspectiva católica”.

El lector que la acomete encuentra desde el principio un motivo de agradecimiento en esta franqueza. Rebelándose contra el prejuicio que sólo considera fidedignos a los historiadores que no creen en la religión sobre la que escriben –“o, a menudo, en ninguna religión”–, Carroll afirma la Encarnación como el hecho central de la historia universal, escindiéndola en un antes y un después y acarreado implicaciones más o menos evidentes en el devenir de ambas mitades. Porque la historia no es obra de fuerzas impersonales (tendencias económicas, *mores* sociales o estructuras institucionales) que determinan al hombre, sino que éste, aun viéndose bajo su influencia, guarda un poso irreductible de libertad en sus acciones, que son las que en última instancia escriben la historia- en misteriosa armonía con la Providencia que actúa junto o a través de ellas. No es casual, a ojos de Carroll, que la progresiva incursión de este determinismo materialista en los libros de Historia sea cronológicamente paralela al declive de la Cristiandad.

Las personas concretas, sencillas a menudo, son los protagonistas. No es extraño que con esta premisa la narración adquiera un tono épico: “cualquier historia buena (*any good history*) debería ser una buena

historia (*story*)”, Esto no impide que el cuerpo principal intercale casi una narración paralela en forma de la copiosa y riquísima documentación a pie de página o a final de capítulo, la cual desgrana puntos de controversia historiográfica y aporta matices a su interpretación, abriendo sugerentísimos horizontes al lector no iniciado en alguno de los períodos tratados.

Que son, aun someramente, casi todos. La vida de Cristo ocupa el lugar central del primer volumen, pero no es el punto de arranque de la obra. Porque la Encarnación es el remedio histórico a un problema histórico, o prehistórico, pero ocurrido en el tiempo: la muerte, “una realidad cuyo puro horror ha sido ensordecido por la familiaridad”, fruto del desequilibrio ontológico que produce la Caída. El hombre emerge de las brumas prehistóricas atormentado por este problema, reminiscente de una inmortalidad perdida –así lo atestiguan los ritos funerarios de pueblos ajenos a la Revelación posterior al Edén– y consciente de un vínculo roto con el cielo, como Carroll muestra en su fresco de las primeras civilizaciones. La Encarnación, llamada a reparar esta brecha, juega un papel en la historia no sólo tras ocurrir, sino mucho antes:

“Tome un mapa o un globo del mundo e imagínese confrontado a este problema: un suceso ha de ocurrir, y han de enseñarse verdades de suprema importancia para cada ser humano sobre la tierra. Este suceso y estas verdades deben hacerse saber a cuantas más personas sean posibles, lo más rápido posible, y lo antes posible en la historia del hombre, mientras la tecnología todavía es primitiva. Porque está en la naturaleza fundamental de este suceso que sólo puede ocurrir una vez y en un solo lugar. La cultura establecida de una sociedad civilizada es necesaria para preservar sin distorsiones su conocimiento, y para proveer una base para el comienzo de su propagación mundial, pero debe descartarse cualquier retraso que no sea absolutamente indispensable”.

Que el pueblo de la alianza se estableciera en Palestina, cruce de caminos del mundo antiguo, que Alejandro de Macedonia legase su idioma como puente entre Este y Oeste, y que la *Pax augusta* se concluyese pocos años antes del *fiat* redentor, no son, razona Carroll, fruto de la casualidad. Tras los primeros tres siglos de martirio, la naciente sociedad cristiana –necesaria para alimentar y sostener la fe fuera de “una pequeña minoría de la élite espiritual”, siempre lista para el martirio– ocupa la *Historia* de Carroll, dando título con cada una de sus fases a los sucesivos volúmenes: *Fundación* (hasta A.D. 324), *Construcción* (324-1100), *Gloria* (1100-1517), *Escisión* (1517-1661), *Revolución* (1661-1815), y *Crisis* (1815-).

El lector hispano puede felicitar-se de no encontrar en esta obra los prejuicios o incomprensiones que abundan en la historiografía de habla inglesa a propósito del papel histórico de los reinos peninsulares, especialmente en la Reconquista y en las Indias. También es notable el aprecio sin ambages –influencia reconocida de Federico Wilhelmsen– y acertada comprensión del carlismo no sólo en el marco de la historia española, sino por su relevancia ante al fenómeno revolucionario europeo en su calidad de manifestación de la tradición auténticamente católica, libre de tintes absolutistas. El carlismo, sin olvidar su presencia en la Guerra Civil (española) –a la que Carroll había consagrado un libro, *La última cruzada*–, ocupa un lugar insigne en el último volumen, enriquecido por testimonios personales y empañado tan solo por algunos desafortunados errores fácticos que podría haber subsanado una comprobación más detenida de los datos, sin duda excusable por las circunstancias de edición de este último volumen.

Atípico en composición y en contenido, puesto que abarca desde la derrota de Napoleón hasta Juan Pablo II con menor detenimiento y densidad de fuentes que los acostumbrados (amén de variopintos apéndices, entre los cuales ¡un canto épico a Don Pelayo!), el sexto volumen póstumo cierra la obra a satisfacción del lector. La proximidad de los sucesos, es cierto, aumenta progresivamente la dificultad de mantener la voz épica de la narración: es menos problemático entrever designios providenciales en la caída de Cartago que en la victoria aliada en “la Gran Guerra”. Ahora bien, sabiendo que en este último volumen la experiencia personal se suma a la labor de historiador, esta atipicidad aporta un factor de enriquecimiento al conjunto de la obra, que constituye en suma un esfuerzo valioso -y esperanzado: crisis implica incertidumbre en el conocimiento de la Cristiandad. Palabra desterrada del vocabulario moderno (sin duda por su fuerza exorcizante), como constata el fundador del Christendom College de Virginia al comenzar sus páginas:

“Aquí, en los Estados Unidos, cuando fundamos una universidad que llevase su nombre, pronto aprendimos que la mayoría de la gente ya no podía definirla, o siquiera pronunciarla”.



# Siglas y abreviaturas

---

Derecho Público Iberoamericano  
Universidad del Desarrollo  
N° 6 | 2015

## SIGLAS Y ABREVIATURAS

AA.VV.	autores varios
ABCL	American Birth Control League
Acum.	Acumulado
al.	<i>alis</i> (otros)
APP	Asociación Público Privada
art.	artículo
arts.	artículos
BCFA	Birth Control Federation of America
CAI	Centro de Atención Inmediata de la Policía
CDR	Center For Reproductive Rights
CFC	Controlled Foreign Corporation
Cfr.	confróntese
CGR	Contraloría General de la República
cons. <i>a veces</i>	consid. considerando
Coords.	coordinadores
CP	Constitución Política
CPR	Constitución Política de la República
CRES	Comisión de Regulación en Salud
DFL	decreto con fuerza de ley
D.L.	decreto ley
D.O.	<i>Diario Oficial</i>
Dr.	doctor
D.S.	decreto supremo
ed.	edición, <i>a veces</i> editor
eds.	editores
EE.UU.	Estados Unidos
EPS	Oficina de Registro Eugénésico
etc.	etcétera

FDA	Food and Drug Administration
FNE	Fiscalía Nacional Económica
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i> (allí, en ese mismo lugar)
inc.	inciso
INVIMA	Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos
LDC	Ley de Defensa de la Competencia
MINEDUC	Ministerio de Educación
n.	nota
N°	número
OAE	organismos de la administración del Estado
OMS	Organización Mundial de la Salud
ONG	Organización no gubernamental
ONU	Organización de Naciones Unidas
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatis</i> (obra citada)
p.	página
párr.	párrafo
pp.	páginas
S.A.	Sociedad Anónima
ss.	siguientes
t.	tomo
TDLC	Tribunal de Defensa de la Libre Competencia
UAE	Unidad Administrativa Especial
UTM	Unidad Tributaria Mensual
<i>v.gr.</i>	<i>verbi gratia</i> (por ejemplo)
<i>v a veces</i>	versus
<i>vid.</i>	véase
vol.	volumen
vols..	volúmenes

# Instrucciones a los autores

---

Derecho Público Iberoamericano  
Universidad del Desarrollo  
N° 6 | 2015

## INSTRUCCIÓN PARA LOS AUTORES

*Derecho Público Iberoamericano* es una revista semestral del Centro de Justicia Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Se publica los meses de abril y octubre de cada año.

Se propone analizar el derecho público contemporáneo desde una perspectiva problemática, levantando dudas donde hay consensos artificiosos, aportando certezas donde abundan los disensos permanentes, con la convicción de que los principios primarios de toda investigación en este ámbito son los derechos fundamentales de la persona humana y la promoción del bien común. En tal tarea buscamos vincular a la comunidad científica nacional y extranjera promoviendo con especial empeño el análisis de las dificultades que afronta el derecho iberoamericano, sin merma de la pluralidad y del interés universal que corresponde a toda publicación científica.

Para alcanzar tales objetivos, *Derecho Público Iberoamericano* promueve, cultiva y difunde el estudio del derecho público desde las diversas aproximaciones científicas: dogmática constitucional, derecho internacional de los derechos humanos, teoría constitucional, filosofía jurídica y política, sociología jurídica, historia del derecho y otras disciplinas concurrentes.

La revista cuenta con cuatro secciones permanentes: “estudios”, “ensayos”, “comentarios de jurisprudencia” y “recensiones”.

### *1. Materias de interés*

1. Derechos fundamentales. 2. Justicia constitucional. 3. Organización política. 4. Derecho Administrativo. 5. Regulación económica. Otras disciplinas concurrentes: Derecho Tributario, Derecho Económico, Derecho Ambiental, Derecho Eléctrico, Derecho de Aguas, etcétera.

## 2. *Perspectivas de interés*

1. Dogmática jurídica. 2. Teoría del Derecho. 3. Evaluación práctica. 4. Análisis jurisprudencial. 5. Sociología jurídica. 6. Historia del Derecho. 7. Filosofía jurídica y política. 8. Otras ópticas concurrentes

## 3. *Tipos de colaboración*

1. Artículos de doctrina. 2. Monografías. 3. Ensayos. 4. Comentario de jurisprudencia. 5. Comentario de problemas jurídicos. 6. Recensiones o reseñas bibliográficas.

## 4. *Normas para la redacción de los trabajos*

1. Los trabajos deben ser inéditos y originales. Serán escritos en español, salvo que la filiación académica del autor sea diversa, en cuyo caso el manuscrito se publicará en el idioma correspondiente. No se consideran originales las traducciones al español de artículos ya publicados en otro idioma.
2. Los trabajos deberán ir encabezados con un título en español e inglés, un resumen en español e inglés de no más de ciento cincuenta palabras, y de palabras claves en ambos idiomas. Este recurso es obligatorio tratándose de estudios y ensayos.
3. El nombre del autor se indicará bajo el título. A pie de página se mencionarán el título profesional, los grados académicos y la universidad o institución a la que pertenece. En casos de tener varios grados académicos, se indicará el más alto.
4. Los manuscritos deben ser redactados en tipografía Times New Roman, tamaño 12 con interlineado de 1,5 para el texto y 10 para las notas con interlineado de 1,15, en hoja tamaño carta.

## 5. *Referencias bibliográficas*

1. Las referencias bibliográficas a pie de página serán abreviadas, con la finalidad de no abultar en demasía el texto. Se indican sólo tres elementos: autor –nombre y apellidos (EN VERSALES)–, título de la obra (*cursiva* si es libro, y “entre comillas” si es artículo), y página citada.

Ejemplo: Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, p. 46.

2. Las referencias jurisprudenciales se indicarán del modo que sigue: Tribunal/ (año de dictación); Rol/, considerando o párrafo citado.

Si la identidad de las partes es relevante para la identificación de la sentencia, podrá también ser agregada, a continuación de la identificación del tribunal y antes del año de dictación.

Tratándose de tribunales extranjeros o internacionales, la referencia a pie de página podrá hacerse de acuerdo al uso oficial o común de cada tribunal reconocido en la comunidad científica, como es el caso, por ejemplo, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o del Tribunal Constitucional español.

3. La referencia completa de las obras citadas se hará al final del trabajo bajo el título Bibliografía.

Si se trata de un *libro*, se sigue el siguiente orden: AUTOR (ES), sea institución o persona (nombre en letra redonda, apellidos en VERSALES), *Título de la publicación (en cursiva)* / (Edición, si no es la primera, Lugar de publicación, Editorial, Año de publicación, vol. o vols. –sin indicar el número de páginas.

Ejemplo: Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 1983, vol. III.

Si es una traducción puede indicarse así:

Ejemplo: Philippe LE TOURNEAU, *La responsabilidad civil*, traducción de Javier Tamayo Jaramillo, Bogotá, Editorial Legis, 2004.

Si se trata de un artículo dentro de un libro: AUTOR(ES) del artículo (nombre en letra redonda, apellidos en VERSALES) / “Título del artículo” (entre comillas) / seguido de la palabra ‘en’ indicación de nombre y APELLIDOS del editor (ed.), coordinador (coord.) o director (dir.)/ *Título del libro (en cursiva)* / Número de edición, si no es la primera, Lugar de publicación, Editorial, Año de publicación.

Ejemplo: Elena VICENTE DOMINGO, “El daño”, en L. Fernando REGLERO CAMPOS (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, 3ª ed., Madrid, Editorial Aranzadi, 2006.

Si se trata de un artículo de revista: AUTOR(ES) del artículo (nombre en letra redonda, apellidos en VERSALES) / “Título del artículo” (en redondas y entre comillas) / seguido de la palabra ‘en’ *Nombre de la revista (en cursivas)*, año, vol. y N° (cuando corresponda) / Ciudad /Año.

Ejemplo: Andrés BERNASCONI RAMIREZ, “El carácter científico de la dogmática jurídica”, en *Revista de Derecho*, año 2, vol. XX, N° 1, Valdivia, 2007.

En cuanto a las referencias ya citadas: por regla general se identifican por apellido del autor (en versales), las dos primeras palabras de la obra, puntos suspensivos (en cursivas si es *libro* o entre corchetes si es “artículo”), *op. cit.* y página, o simplemente apellido (en versales) y *op. cit.*, cuando corresponda.

Ejemplos: GONZÁLEZ PÉREZ, *El principio...*, *op. cit.*

BERNASCONI RAMIREZ, “El carácter...”, *op. cit.*, p. 35.

LE TOURNEAU, *op. cit.*

En el caso que la obra o documento citado se reitere inmediata y sucesivamente, basta con colocar *ibid.* u *op. cit.* y página, según corresponda.

Si se trata de un documento en formato electrónico: AUTOR(ES) (nombre en letra redonda, apellidos en VERSALES, ) / *Título (en cursiva si es libro y entre “comillas” si es artículo)*, año de publicación / Disponible en: Dirección electrónica completa. Consultada el...

Si se trata de jurisprudencia: Tribunal / (Año de dictación): Rol / Fecha de la sentencia. Sede de edición o publicación y responsable de la misma, o la fuente electrónica donde se ubica.

## 6. Envío de los trabajos

Los trabajos deben ser enviados a *Derecho Público Iberoamericano*, correo electrónico [rdpi@udd.cl](mailto:rdpi@udd.cl), a nombre del director de la revista, Dr. Julio Alvear Téllez, o de la coordinadora de redacción, Srta. Tamara Eastman.

## 7. Proceso de selección de los trabajos

7. Si el trabajo ha cumplido con las normas precedentes, *Derecho Público Iberoamericano* decidirá su publicación previo informe favorable de dos árbitros especialistas en el tema. La evaluación será anónima. El autor recibirá oportunamente el resultado de los informes de acuerdo con los criterios de relevancia u oportunidad de la materia tratada, redacción, originalidad, solidez argumentativa y conclusiva, y uso de fuentes bibliográficas, entre otros.